



UNIVERSITA' DI PISA

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

Laurea Magistrale in Giurisprudenza

La sospensione del procedimento con messa alla prova: criticità normative e prime applicazioni giurisprudenziali.

La Relatrice
Prof.ssa Valentina Bonini

La candidata
Daniela Bini

A.A. 2015/ 2016

INDICE

<i>CENNI INTRODUTTIVI</i>	<i>6</i>
---------------------------------	----------

CAPITOLO 1: L'ISTITUTO DELLA MESSA ALLA PROVA

<i>1.1. La nascita dell'istituto: inquadramento storico della problematica della pena detentiva breve</i>	<i>9</i>
<i>1.2. Il probation penitenziario.....</i>	<i>20</i>
<i>1.3. Il probation nelle scelte del legislatore penale minorile.....</i>	<i>31</i>
<i>1.4. Ambito di applicazione e procedimento della messa alla prova del probation minorile.....</i>	<i>36</i>

CAPITOLO 2 : LA MESSA ALLA PROVA NEL PROCEDIMENTO PENALE PER L'IMPUTATO ADULTO.

<i>2.1. Le varie tappe della evoluzione legislativa.....</i>	<i>42</i>
<i>2.2. La ratio dell'istituto.....</i>	<i>46</i>

<u>2.3.</u> <i>I limiti oggettivi e soggettivi di ammissibilità della messa alla prova.....</i>	<i>56</i>
---	-----------

CAPITOLO 3: ATTIVAZIONE DEL RITO DELLA MESSA ALLA PROVA ALLA LUCE DELLA LEGGE 67/ 2014.

<u>3.1.</u> <i>La richiesta da parte dell'imputato.....</i>	<i>68</i>
<u>3.2.</u> <i>La richiesta nel corso delle indagini preliminari.....</i>	<i>74</i>
<u>3.3.</u> <i>Termine entro il quale presentare la richiesta.</i>	<i>76</i>
<u>3.4.</u> <i>I contenuti della messa alla prova</i>	<i>82</i>
<u>3.4.1</u> <i>I contenuti della richiesta: il programma di trattamento messa alla prova</i>	<i>87</i>
<u>3.4.2.</u> <i>La prestazione di lavoro di pubblica utilità</i>	<i>89</i>
<u>3.4.3.</u> <i>La decisione del giudice sulla richiesta: la disciplina prevista ex art. 129 c.p.p., richiesta parziale di messa alla prova ed incompatibilità del giudice</i>	<i>94</i>

CAPITOLO 4: LA DECISIONE DEL GIUDICE.

<u>4.1.</u> <i>La discrezionalità del giudice circa la richiesta di sospensione del processo con messa alla prova.....</i>	<i>101</i>
<u>4.2.</u> <i>Gli atti che fondano la decisione di ammissione alla prova.....</i>	<i>110</i>

<u>4.3.</u> <i>L'esecuzione dell'ordinanza di sospensione.....</i>	<i>116</i>
<u>4.4.</u> <i>L'impugnazione dell'ordinanza di sospensione</i>	<i>125</i>

CAPITOLO 5: L'ESITO DELLA MESSA ALLA PROVA.

<u>5.1.</u> <i>Gli epiloghi della sospensione del procedimento con messa alla prova: esito positivo.....</i>	<i>132</i>
<u>5.2.</u> <i>Esito negativo: l'ordinanza che dispone la ripresa del processo.....</i>	<i>138</i>
<u>5.3.</u> <i>Revoca anticipata della sospensione del processo.</i>	<i>140</i>
<u>5.4.</u> <i>Effetti del fallimento della prova</i>	<i>145</i>

<i>Osservazioni conclusive ed alcuni profili di criticità della legge 67/2014</i>	<i>153</i>
---	------------

BIBLIOGRAFIA	<i>171</i>
--------------------	------------

LA SOSPENSIONE DEL PROCEDIMENTO CON MESSA ALLA PROVA DELL'IMPUTATO.

INTRODUZIONE

Il presente studio ha per oggetto l'analisi dell'istituto della sospensione del processo e la messa alla prova.

Le riflessioni prendono spunto dalla recente legge n. 67/2014, che è stata strutturata al fine di individuare soluzioni alternative al carcere in alcune ipotesi di pene detentive di breve durata e, allo stesso tempo, deflative del processo, ispirandosi al principio di residualità della sanzione penale e di minor sacrificio possibile della libertà personale.

Si tratta, pertanto, di disposizioni che conciliano non solo i principi di proporzionalità e legalità della pena, ma anche di rieducazione ed umanizzazione della stessa, in linea con quanto stabilito dall'art. 27 della Carta Costituzionale.

Un simile intervento era inevitabile, soprattutto alla luce degli ultimi approdi europei ed internazionali¹.

Accanto all'esigenza di ovviare alla drammaticità del sovraffollamento carcerario, poi, vi è quella, sollecitata dai documenti provenienti dall'Unione, di individuare istituti alternativi al percorso ordinario del processo penale, idonei a dare una diversa risposta a determinate categorie di reati.

Risulta evidente, dunque, la volontà di iniziare ad introdurre nell'ordinamento italiano un nuovo modello di giustizia penale,

¹ Cfr ad es. La Risoluzione n. 23/1998 sulla "Cooperazione internazionale tesa alla riduzione del sovraffollamento delle prigioni e alla promozione di pene alternative", approvata dall'Economic and Social Council dell'ONU del 28 luglio 1998 che contiene la raccomandazione agli Stati membri di ricorrere allo sviluppo di forme di pena non custodiali e, laddove possibile, a soluzioni "amichevoli" dei conflitti di minore gravità'.

Si pone l'accento su strumenti quali la mediazione, le forme di riparazione civilistiche e gli accordi di reintegrazione economica in favore della vittima.

meno repressivo e, contemporaneamente, attento alle esigenze della vittima.

In via di prima approssimazione può affermarsi che l'istituto realizza una rinuncia statutale alla potestà punitiva, rinuncia condizionata al buon esito di un periodo di prova controllata e assistita, riallacciandosi alla tradizione anglosassone del *probation*².

Più precisamente, come enunciato nella relazione illustrativa³, le finalità perseguite dal legislatore consistono nell'offerta di un percorso di reinserimento ai soggetti processati per reati di minore allarme sociale, accompagnata dalla funzione deflattiva dei procedimenti penali, attuata attraverso l'estinzione del reato dichiarata dal giudice di fronte all'esito positivo della prova. L'intervento mira in certa misura a realizzare una equilibrata de-carcerizzazione, conferendo effettività al principio del minor sacrificio possibile per la libertà personale, e incidendo su un contesto caratterizzato dalla mancata valorizzazione dei percorsi alternativi rispetto a quelli strettamente processuali per la soddisfazione di esigenze special-preventive e da fenomeni di

² Il *probation*, secondo la definizione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa per mezzo delle Raccomandazioni n. R(2010)1 e n.R(92)16 descrive l'esecuzione in area penale esterna di sanzioni e misure, definite dalla legge ed imposte ad un autore di reato. Comprende una serie di attività ed interventi, tra cui il controllo, il consiglio e l'assistenza, mirati al reinserimento sociale dell'autore di reato e volti a contribuire alla sicurezza pubblica". Tutte le amministrazioni occidentali, compresa quella italiana, incaricate di tale parte dell'esecuzione penale condividono tale definizione. In www.giustizia.it

³ La messa alla prova comporta la prestazione di condotte volte all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose derivanti dal reato, nonché, ove possibile, il risarcimento del danno dallo stesso cagionato. Comporta altresì l'affidamento dell'imputato al servizio sociale, per lo svolgimento di un programma che può implicare, tra l'altro, la prestazione di un lavoro di pubblica utilità, attività di volontariato di rilievo sociale, ovvero l'osservanza di prescrizioni relative ai rapporti con il servizio sociale o con una struttura sanitaria, alla dimora, alla libertà di movimento, al divieto di frequentare determinati locali (Atti Parlamentari- Camera dei Deputati- XVII Legislatura –Disegni di legge e relazioni- Documenti).

inflazione del carico dei giudizi penali, forieri di incertezza e sfiducia collettiva.

L'intento del legislatore era quello di adeguare la disciplina prevista per la messa alla prova alle esigenze tipiche del processo penale, in modo da conciliare le finalità rieducative e risocializzanti con quelle preventive, evitando una semplice trasposizione dell'istituto dal processo minorile al rito ordinario.

Un'attenzione particolare, nelle intenzioni del legislatore, doveva essere dedicata alla vittima del reato, alla riparazione e alla mediazione penale, permettendo, così, all'istituto di inserirsi nel solco della giustizia riparativa, ossia di quel modello di giustizia più mite e meno repressivo, alternativo al processo e basato su un paradigma rieducativo, riabilitativo e conciliativo. Come si avrà modo di notare in seguito, però, i poteri della persona offesa (cioè, della vittima) di partecipare e di incidere sulla messa alla prova sono delineati in modo eccessivamente generico.

In linea di principio, si può affermare che l'introduzione della messa alla prova per gli imputati maggiorenni risponde ad una nuova logica di mitezza e umanità del sistema penale: il cambiamento di rotta in materia di politica criminale è dovuto alla constatazione che l'enfasi parossistica posta sulla sicurezza, con l'aumento a tutti i costi delle pene e dei reati, con il pugno di ferro applicato ai recidivi, ha prodotto effetti deleteri sul sistema penitenziario senza al contempo raggiungere risultati positivi sul piano rieducativo.

Se la filosofia di fondo è apprezzabile, i dubbi si annidano invece sugli aspetti più tecnici della disciplina introdotta: è sotto questo profilo che si deve valutare in quale misura gli obiettivi perseguiti possano effettivamente essere raggiunti.

CAPITOLO I

L'ISTITUTO DELLA MESSA ALLA PROVA

SOMMARIO :

- 1.1 La nascita dell'istituto: inquadramento storico della problematica della pena detentiva breve e della sua funzione.
- 1.2 Il *probation* penitenziario
- 1.3 Il *probation* nelle scelte del legislatore penale minorile.
- 1.4 Ambito di applicazione e procedimento della messa alla prova del *probation* minorile

1.1 La nascita dell'istituto

L'istituto della messa alla prova trae la propria origine nel diritto e nell'esperienza applicativa anglo-sassone.

Il *probation* viene tradizionalmente fatto risalire al 1841, anno in cui durante un processo che si celebrava in una Corte di Boston negli Stati Uniti nei confronti di un mendicante, un facoltoso calzolaio dichiarò al giudice la propria personale disponibilità ad offrire all'imputato un lavoro ed un sostegno, in cambio della sospensione della condanna; il giudice accolse la proposta subordinando la sospensione del processo all'impegno che l'imputato avrebbe dimostrato nell'ottemperare ai suoi nuovi doveri. L'esperienza si concluse positivamente e portò all'erogazione di una multa simbolica, con il rilevante ed innovativo beneficio di evitare la prigione al reo. L'esito positivo dette l'avvio ad una serie di analoghe esperienze, caratterizzate tutte dalla volontarietà e dalla informalità, fino a quando nel 1878, fu emanata nello Stato del Massachusetts la prima legge sul *probation*, il *Massachusetts Probation Act*, seguita in breve da altre leggi nello stesso Stato e successivamente in altri Stati

della federazione soprattutto in seguito all'istituzione del Tribunale per i minorenni di Chicago del 1899. Nel 1925 tutti gli Stati avevano introdotto istituti analoghi per i minorenni.

L'esperienza venne immediatamente recepita anche in Europa e, prima fra tutte, in Inghilterra, dove già nel 1847 era stata approvata una legge, il *Juvenile Offenders Act*, in virtù della quale il giudice era autorizzato a non condannare il minore riconosciuto colpevole ma solo a rimproverarlo: tra gli anni 1841 e 1854 il giudice inglese Matthew Davenport di Birmingham Hill adottò la tecnica di sospensione in favore degli imputati minorenni allorché vi fosse ragione “di credere che l'individuo non era completamente corrotto, si poteva ragionevolmente sperare nel suo recupero, e si potevano trovare persone generose per fungere da tutore e incaricarsi del giovane delinquente⁴”.

Nel 1879 un'altra legge, il *Summary Jurisdiction Act*⁵, autorizzava la Corte ad evitare di infliggere pene detentive brevi agli adulti che avevano commesso reati, disponendo la sospensione della dichiarazione di colpevolezza e della pena, a condizione che il condannato mantenesse una buona condotta.

Il passo successivo fu il *Probation of First Offenders Act* del 1887 che prevedeva la sospensione della pronuncia della sentenza dopo l'accertamento effettivo della responsabilità; escludeva tassativamente i recidivi dal suo ambito di applicazione e limitava la facoltà di sospendere i reati punibili con pena detentiva non superiore ai due anni; non stabiliva espressamente né la durata del periodo di prova e nemmeno

⁴ Davenport Hill, *Suggestion for the Repression of Crimes*, 1857, p. 601

⁵ Sull'importanza di tale testo normativo soprattutto al fine di consentire la nomina di un maggior numero di Police Court Missionaries (utilizzati da organizzazioni private come ausiliari della supervisione: cfr Thorsten Sellin, voce a “Probation and Parole”, in *Enc. Soc. Sciences*, XII, 1934, P. 436) senza che la sua introduzione impedisse peraltro la continuazione della prassi sospensiva presso le corti superiori (in cui essa si attuava nella forma di *recognizance*).

l'efficacia del suo positivo esperimento. Quanto alla prima, la giurisprudenza si orientò per un intervallo temporale compreso tra pochi mesi ed un massimo di due anni; per la seconda, la buona condotta serbata dal reo implicava in pratica la “caduta” del procedimento intentato nei suoi confronti. Non era comunque previsto un affidamento in prova nel senso proprio del termine⁶.

Occorrerà tuttavia attendere il 1907 per avere la prima legge specifica relativa al nuovo istituto, il *Probation of offenders Act*⁷.

In realtà, in Europa, la questione in merito alle possibili alternative alla detenzione è più risalente nel tempo: la pena detentiva, già alla nascita, venne denunciata come “il grande scacco della giustizia penale⁸”.

“La detenzione assume un'efficacia criminogena; provoca la recidiva; favorisce la creazione di una rete organizzativa delinquenziale; stimola l'incremento della criminalità più grave; abbrutisce la personalità dei condannati; ne determina il definitivo avvio alle carriere criminali; non esercita alcuna azione emendativa, anche nei confronti di chi potrebbe esserne positivamente influenzato. E' particolarmente sui delinquenti primari che il carcere esercita effetti disastrosi: se, invece di rieducarsi, divengono più viziosi, se passano dai furtarelli alle rapine, se si spingono sino al brigantaggio e all'assassinio, è l'educazione di una prigionia che bisogna accusare⁹.”

⁶ Timasheff, *One hundred years of Probation*, I, 1941, p. 25

⁷ <http://www.lawreform.ie/2005/report-on-court-poor-box-probation-of-offenders.229.html>. La legge inglese del 1907 abrogò sia la legge del 1879 che quella del 1887.

⁸ Così Foucault, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, 1975, trad. it. A Tarchetti, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, 1976, p. 291.

⁹ Bentham, *Theorie des peines et de recompenses* (1775), in *Oeuvres*, II p. 1^o. 1829, p. 21

Autorevoli Autori¹⁰ sostenevano che la centralità del carcere come pena dipendeva dalla sua intima congenialità con i meccanismi di potere del sistema capitalistico: il suo legame con il funzionamento stesso della società sarebbe stato così profondo da respingere nell'oblio tutte le altre punizioni che i riformatori del secolo XVIII avevano immaginato.

In realtà le codificazioni a cavallo del Settecento ed Ottocento cercheranno di sanzionare questo ruolo dominante della pena detentiva: il *Code Penal* francese del 1791 contemplava, oltre alla pena di morte, alla deportazione, alla degradazione, alla berlina, quattro tipi di sanzione carceraria: i lavori forzati (*les fers*), la reclusione in casa di forza (forma di lavori forzati “attenuati” applicabile alle sole donne); la soggezione (*gene*), caratterizzata dalla segregazione “in luogo certo” con l'obbligo del lavoro, scelto tra quelli autorizzati; la detenzione, con facoltà di scelta del lavoro e possibilità di vita in comune.

Il codice penale austriaco del 1804 stabiliva che “la pena del delitto è la morte del Delinquente, o la di lui ritenzione in carcere”, distinta tuttavia in tre gradi di diverso contenuto afflittivo, che verranno rigidamente “distribuiti” nelle previsioni edittali in proporzione alla gravità del delitto¹¹.

In Italia invece la dottrina criminalistica rimase, almeno in parte, ancorata alla infungibilità della pena detentiva.

Nel 1829 Pellegrino Rossi ribadì fermamente che “l'imprigionamento è la pena per eccellenza nelle società”

¹⁰ In tal senso Foucault, op. cit. p. 252

¹¹ Sull'utilizzazione della pena detentiva in Austria v. Hoegel, *Freiheitsstrafe und Gefangniswesen in Oesterreich von den Theresiana bis zu Gegenwart*, 1916, p. 17 ss

incivilite, anche se ammette che i vantaggi della pena detentiva non sono applicabili alle prigioni d'Europa¹².

Evidentemente il problema della funzione delle pene detentive di breve durata non era sconosciuto agli studiosi ottocenteschi: esso emerge, già allora, in luce doppiamente negativa, sia per il condannato che per l'ordinamento. Infatti il reo non può sottostare, data la brevità dei tempi di esecuzione, ad un efficace trattamento di risocializzazione; inoltre l'impatto con l'ambiente penitenziario determina una negativa familiarizzazione con la sanzione, ed il contatto con delinquenti di provata esperienza provoca un contagio criminale, destinato a sfociare nella recidiva. E' noto infatti il paradosso di von Listz secondo il quale " la pena detentiva breve non e' solo priva di utilita'; essa danneggia l'ordinamento giuridico piu' di quanto potrebbe fare la completa impunita' del reo¹³".

Von Listz rileva che nel 1886 le pene detentive inflitte dai giudici del *Reicht* erano per il 96 % inferiori all'anno, e solo per lo 0,97 % superiori a due anni¹⁴; in Francia, le condanne inferiori ad un anno di detenzione passano da poco meno del 50% intorno al 1850 ad oltre il 95% alla fine del secolo.

Analoghe tendenze si riscontrano in Austria e in Italia¹⁵.

Inoltre la promiscuita' carceraria annullava e stravolgeva gli effetti auspicati dalla pena detentiva; le – già allora- inumane condizioni di vita impedivano un'effettiva azione rieducativa

¹² P. Rossi, Trattato di diritto penale II, 1832, p. 243 e 249 " se si conta il numero degli uomini che la societa' ha dovuto mandare al patibolo, unicamente pei delitti che, nel tempo di loro reclusione, hanno apparato a commettere e a voler commettere, ci si fa pressoché lecito domandare se l'abolizione di ogni penalita' non sarebbe stato un miglior mezzo di protezione pei cittadini" (op. cit., p. 250).

¹³ Cfr. von Listz, Kriminalpolitische Aufgaben (1889-92) in Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze, I, 1905, rist. anat. 1970, p. 347

¹⁴ Cfr. Von Listz, op. cit. , p. 343

¹⁵ Vd. la documentazione statistica, particolarmente copiosa riportata da Rosenfeld, "Welche Strafmittel können an die Stelle der Kurzzeitigen Freiheitsstrafe gesetzt werden?". Abhandl. Des krim. Seminars herausg. Von F. von Listz- Zweiter Band, 2 Heft. 1890;

sulla personalita' del condannato; la scarsita' o la mancanza di lavoro, l'attivit  del personale di sorveglianza erano altrettanti nodi da sciogliere in merito alla efficacia delle pene detentive brevi¹⁶.

Da questa impostazione discende il corollario rappresentato dalla necessita' di abolire la pena detentiva breve che, proprio in quanto tale, non e' idonea ad esercitare ne' un'efficacia rieducativa, ne' un significativo effetto di intimidazione e che, comunque, finisce col paralizzare la funzionalita' dell'intero sistema penitenziario, danneggiando nel complesso "l'ordinamento giuridico piu' di quanto potrebbe fare la completa impunita' del reo"¹⁷.

Quali si prospettavano, allora, i possibili surrogati penali? Come si arriva ad ipotizzare le misure sospensive come sostituto della sanzione detentiva di breve durata?

In realta' le misure sospensive riuscirono a penetrare, in un arco di tempo assai ristretto, in tutti gli ordinamenti europei, insediandovisi stabilmente.

Si parla di misure sospensive, al plurale, perche', nonostante l'unicita' dell'idea di base, consistente nella non applicazione della sanzione sotto la condizione del positivo esperimento di un periodo di prova, si tratta, in realta', di misure differenti sia nella struttura che nella funzione, rappresentate l'una dall'istituto anglosassone della sospensione della pronuncia di condanna, l'altra dall'istituto di origine franco-belga, della sospensione dell'esecuzione della pena.

Il primo provvedimento che ha introdotto nell'area continentale europea la sospensione della esecuzione della pena e' costituito dalla legge belga del 31 maggio 1888, proposta dal ministro Jules

¹⁶ Petitti Di Roreto, Della condizione attuale delle carceri e dei mezzi per migliorarla, Pomba, Torino, 1840, p. 331.

¹⁷ Von Listz, op. cit. p. 347.

Lejeune¹⁸ che prevedeva la sospensione della esecuzione della pena subordinandola alla condizione fondamentale che il condannato evitasse la recidiva.

Storicamente, la prima precede la seconda e, mentre nel primo modello resta un imputato potenzialmente in attesa di giudizio, nel modello della sospensione dell'esecuzione l'esperimento positivo della prova è circoscritto alla sola condizione fondamentale che il condannato eviti la recidiva¹⁹.

La misura sospensiva è "intesa a compensare il grave inconveniente della moltiplicazione degli atti che vengono puniti come delittuosi e che dovrebbero spingere nelle prigioni i cittadini a centinaia di migliaia per falli lievissimi²⁰".

In Italia il Codice Zanardelli del 1889 prevedeva invece all'art. 19 il lavoro coatto come strumento di esecuzione alternativa alla detenzione mentre nel dibattito dottrinale durante la fase di formazione del codice del 1930 emergono posizioni che, in linea con l'orientamento autoritario del momento, si concentrano sul piano esecutivo, ed in una dimensione di pura repressione: "occorre però che quei pochi giorni, quelle poche settimane di prigionia abbiano un sapore veramente forte ed afflittivo, occorre cioè che la pena si sconti in conformità alle norme di legge, con segregazione notturna e diurna²¹".

L'ordinamento fascista si dimostra prevedibilmente chiuso nei confronti della sospensione con affidamento in prova, perché "lo Stato non deve rinunciare alla sua autorità nel governo di uomini assoggettati al suo potere, specie se questi uomini sono

¹⁸ Charles e van Drooghenbroeck *Suspension, Sursis et Probation*, Extrait du *Repertoire pratique du droit belge*, Complements, Tome IV, 1974p. 35 s.

¹⁹ Art. 9 l. 31.05.1988 che subordinava l'effetto estintivo alla sola condizione che il beneficiario della sospensione non riportasse, nel termine stabilito, una nuova condanna per crimine o delitto.

²⁰ Colajanni, *La sociologia criminale*, II, p.689.

²¹ Lucchini *Le pene brevi* p. 206

precisamente quelli per i quali le leggi comuni si dimostrano insufficienti²².”

Un altro Autore afferma che “ le pene detentive brevi sono efficaci e non c’è una ragione logica per codificare la impunità, dato che la piccola delinquenza è la causa determinante della grande delinquenza²³.”

Di parere opposto invece un diverso Autore che così si esprime:” i casi in cui questa misura (la sospensione della condanna) sia applicata sono così rari da dirsi eccezionali; forse non giungono all’1% delle condanne; e voi non l’avete vista applicata a quella madre che priva di mezzi espose il bimbo in una chiesa e poi ando’ a consegnarsi, e fu condannata. ...E mentre vi sono in Torino parecchie Istituzioni per il ricovero di bimbi pericolanti, ho visto più volte formicolare il carcere di fanciulli e li ho visti entrare quasi innocenti e tornare criminali fatti per opera nostra²⁴”.

Il *probation* si impernia sul principio di educazione alla libertà con la libertà ed è evidentemente, per il periodo storico, in contraddizione con un’esecuzione della sanzione espressivamente finalizzata alla educazione collettiva e strumentale quindi per l’intimidazione.

Dopo la fine della seconda guerra mondiale la problematica delle pene detentive brevi e della loro, possibile, alternativa è stata affrontata, di nuovo, al Congresso penale e penitenziario tenutosi a L’Aja nel 1950²⁵ che affronta tale problematica come

²² Novelli, Limiti dell’umanizzazione della pena in Riv. Dir. penitenziario, 1935 p. 1215

²³ Manduca La condanna condizionale in Italia, in Giust. Pen. 1898, p. 353s.

²⁴ Lombroso La libertà condizionale e la Magistratura Italiana, in Scuola pos. 1904, p. 1 s)

²⁵ Atti del Douzieme Congres penal et Penitentiaire International, La Haye, 14-19 aout 1950, I e V, 1951, dedicato a “ Short term imprisonment and its alternatives”, già ‘ oggetto del III Congresso penitenziario di Roma del 1885 ed, ancor prima, del I Congresso tenutosi a Londra nel 1872, sostanzialmente ripreso nel IV Congresso di Pietroburgo del 1880.

se per la prima volta essa si imponesse all'attenzione ed i numeri, vent'anni dopo tale congresso, non sono in questo senso confortanti: in Italia ad esempio, nel 1973 su un totale di 88.376 condanne per delitto si ebbero 33.094 condanne non superiori ad un anno di reclusione, pari al 37,44% del totale, che salgono al 43,84% se si tiene conto delle condanne non superiori a due anni²⁶.

Nel resto d'Europa l'istituto del *probation* si è diffuso soprattutto nel decennio che va dal 1950 al 1960, periodo in cui anche in sede sovranazionale si guardava con favore all'adozione di forme alternative alla detenzione. La Risoluzione dei Ministri della Giustizia presso il Consiglio d'Europa, n. 1/65, "raccomanda ai Governi di assicurare che le legislazioni degli Stati membri autorizzino il giudice (...) a sostituire la pronuncia limitativa della libertà (...) con una misura condizionale, quando si tratta di delinquenti primari e di delinquenti che non hanno commesso reati di particolare gravità; raccomanda ai Governi di intraprendere tutte le iniziative possibili per l'adozione e l'estensione di pronunce di *probation* o di misure simili che sono di particolare valore in questo campo e offrono il vantaggio di assicurare all'autore di reato di essere aiutato e tenuto sotto supervisione per tutto il periodo della misura, così da favorire la sua riabilitazione e controllare la sua condotta...".

Sempre intorno agli anni '70 il "Children and Young Person Act", in Inghilterra, introdusse la "*supervision*" e la "*care*", affidate ai servizi sociali degli enti locali e gestite direttamente da essi: si trattava di una sorta di affidamento con delega al servizio sociale, lasciando piena autonomia all'operatore sociale nella

²⁶ Annuario di statistiche giudiziarie, Ist. Centr. Di statistica, XXIII, 1974

determinazione dei contenuti da dare alla misura. Pochi anni dopo tale autonomia fu enormemente ridotta, tornando il tribunale dei minorenni ad avere piena giurisdizione anche sui contenuti delle misure. In Italia il modello trova applicazione per la prima volta nel 1975, con l'art. 47 della L. 354/75, che disciplina l'istituto dell'"affidamento in prova" al servizio sociale, previsto per i condannati adulti; mentre il modello di *probation* puro trova applicazione solo più tardi con la legislazione minorile.

Modelli di *probation* sono stati introdotti negli ordinamenti di molti paesi, dando luogo a figure simili che si distinguono tuttavia per alcune caratteristiche peculiari.

Tra i caratteri comuni ai vari ordinamenti degli Stati, si riscontra, in particolare, la compresenza di tre elementi: la sospensione del procedimento ad un certo stadio; l'imposizione all'imputato di oneri più blandi rispetto alla sanzione prevista per il reato commesso e il suo reinserimento sociale; l'affiancamento all'imputato di persone o enti in funzione di sostegno durante il periodo di prova.

La sospensione del processo è pacificamente riconosciuta come elemento costitutivo e comune a tutti i modelli di *probation* attuati anteriormente alla conclusione del processo stesso. Su tale elemento comune si innestano previsioni diversificate in relazione ai tempi e ai modi di adozione della sospensione, che può intervenire in quattro momenti diversi, originando altrettante tipologie dell'istituto.

Una prima forma è rappresentata dalla sospensione dell'esercizio dell'azione penale e dello stesso accertamento della responsabilità. Rientra in tale ipotesi il modello italiano disegnato dall'art. 28 del DPR 448/88 di cui si dirà oltre.

Un secondo modello è rappresentato dalle ipotesi di sospensione che possono precedere la pronuncia della condanna, dopo

l'avvenuto accertamento della responsabilità penale; tali ipotesi ricorrono largamente negli Stati Uniti, in Belgio, in Danimarca²⁷, in Svezia, in Canada ed in Gran Bretagna²⁸.

Un terzo modello è caratterizzato dalla sospensione della pena irrogata dopo che vi sia stato l'accertamento della responsabilità e sia stata individuata la sanzione adeguata. Questa ipotesi sviluppatasi in Francia²⁹ e in Belgio³⁰, può comportare tanto la sospensione condizionale della condanna (definita *sursis* semplice) che, in alternativa, la "sottoposizione a prova", nel qual caso è riconducibile alla forme più tipiche di *probation*.

La formula è utilizzata in alcuni Stati degli USA, in Belgio, in Francia, in Danimarca, in Norvegia, in Svezia, in Germania, in Lussemburgo e in Finlandia, esclusivamente nei confronti di minori.

Vi è, infine, una quarta ipotesi rappresentata dalla sospensione della esecuzione della pena. In questo caso la sospensione avviene non durante l'esecuzione della sanzione ma precedentemente al suo inizio. Questa ipotesi prevista in Olanda, Danimarca e in alcuni Stati degli USA è generalmente utilizzata nei casi per i quali è prevista una pena composita, che viene pertanto per una parte espiata e per l'altra estinta, a condizione che la prova abbia esito positivo.

²⁷ Art. 3 Cap. XXVIII del codice penale svedese, in cui il *Probation* ha assunto i connotati di una misura sostitutiva della pena detentiva: Agge e Thornstedt, *das schwedusche Strafrecht*, in *Das Ausländische Strafrecht*, V, p.287

²⁸ G. Di Gennaro, R. Breda, G. La Greca, *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*,. pag. 224. In un quadro sistematico che può delinarsi con riferimento alle vari ipotesi di probation contenute nelle legislazioni di diversi paesi (Stati Uniti d'America; Inghilterra; Spagna; Portogallo; Danimarca; Svezia; Belgio; Germania; Austria; Francia; Svizzera; Olanda) si individuano i seguenti tipi di probation: A.Probation di polizia; B.Probation giudiziale nella fase istruttoria; C.Probation giudiziale nella fase del giudizio con sospensione della pronuncia; D.Probation giudiziale nella fase del giudizio con sospensione della esecuzione della condanna; E.Probation penitenziario.

²⁹ In Francia, con la legge del 1970. Merle e Vitu, *Traité de droit criminel*, p. 953

³⁰ Charles e van Drooghenbroeck, *Suspension, Sursis et Probation*, Extrait du Répertoire pratique du droit belge, Compléments, tome IV, 1974, p. 35 s.

1.2 *Il probation penitenziario.*

Il carcere registra una popolazione in costante aumento: in alcune occasioni straripante, in ragione di fenomeni sociali turbolenti o imprevisti e anche diversificata, per le differenti estrazioni culturali e sociali dei suoi ospiti, specie stranieri, più esposti al rischio della manovalanza delittuosa.

E' divenuto così indispensabile fare ricorso alla "decompressione", affidata ad amnistie, indulti, e altri collaudati strumenti deflattivi che hanno, almeno per qualche tempo, scongiurato il grave rischio del contagio criminale.

La legge 354/75 ha inteso far fronte al consistente rischio del contagio criminale, il "*periculum contagionis delicti*", già noto agli antichi romani, e ha potenziato l'accesso a misure alternative alla detenzione, fra le quali l'affidamento in prova ai servizi sociali, il cui presupposto e' stato fissato nella "seria, costante, effettiva partecipazione all'opera di rieducazione³¹" (del condannato).

Nel nostro ordinamento, come anticipato, prima ancora della introduzione dell'istituto della sospensione del processo con messa alla prova, appositamente creato come strumento utilizzabile nel processo penale minorile, con il DPR n. 448/1988, l'unico modello di *probation* riconosciuto era, appunto, quello previsto nell'ambito del diritto penitenziario.

Il *probation* penitenziario consiste nell'affidamento al servizio sociale del condannato fuori dall'istituto di pena per un periodo uguale a quello della pena da scontare, purché questa sia contenuta nel limite di tre anni (anche residui da maggior pena),

³¹ Vincenzo Scordamaglia "E' urgente in Italia un nuovo codice penale" in La giustizia penale 2015 (Parte Seconda: Diritto Penale pag. 203).

quindi presuppone l'esistenza di una condanna definitiva e concretizza uno strumento alternativo in fase di esecuzione.

Il provvedimento applicativo dell'affidamento da un lato fa venir meno ogni rapporto del condannato con l'istituzione carceraria, e dall'altro comporta l'instaurazione di una "relazione di tipo collaborativo con il servizio sociale che deve, attraverso il suo personale, aiutarlo a superare le difficoltà di adattamento alla vita sociale e controllarne la condotta, al fine di assicurare in via definitiva la rieducazione ed impedire la commissione di nuovi reati³²."

La riforma penitenziaria del 1975 segna una storica svolta, almeno dal punto di vista dei principi ispiratori, della legislazione penitenziaria, poiché sostituisce definitivamente il regolamento carcerario fascista del 1931. Quest'ultimo si ispirava ad una filosofia di applicazione della pena che aveva caratterizzato la normativa in materia sin dall'unità di Italia, e che vedeva nelle privazioni e nelle sofferenze fisiche gli strumenti per favorire il pentimento e la rieducazione del reo.

Fino a quel momento il carcere era stato concepito come luogo impermeabile e isolato dalla società libera. L'isolamento trovava espressione nella disciplina dei rapporti con la società esterna - limitati a colloqui, corrispondenza e visite dei prossimi congiunti, peraltro assai restrittiva e aleatoria, in quanto legata al sistema delle ricompense e delle punizioni. Lo stesso valeva per le visite degli istituti penitenziari ad opera di persone estranee all'amministrazione, riservata solo ad un elenco tassativo di personalità. L'impermeabilità del luogo e l'isolamento dalla società trovavano conferma anche nelle

³² G. Catelani, Manuale dell'esecuzione penale, Milano, 2002, p. 330

strutture architettoniche dei penitenziari, per lo più ispirate al modello del *Panopticon*³³ di Bentham.

Alla situazione sinora descritta si accompagnava la previsione di una struttura burocratica rigidamente centralizzata e verticistica dell'amministrazione penitenziaria, con una netta subordinazione del personale di custodia al direttore, il quale di volta in volta doveva rivolgersi all'amministrazione centrale per ottenere le relative autorizzazioni.

Il sistema penitenziario delineato dal Regolamento del 1931 si articolava, dunque, in una serie di strumenti volti ad ottenere, anche attraverso punizioni e ricompense (nonché attraverso quotidiane pratiche di violenza) un'adesione coatta alle regole, con una costante violazione delle più elementari regole del rispetto della dignità della persona. Per intervenire su un siffatto stato di cose si succedettero, nel corso degli anni, numerose iniziative ministeriali e parlamentari: tuttavia, e forse anche in seguito alla rivolte dei detenuti del 1969, il clima politico-istituzionale mutò.

Con la legge 26 luglio 1975, n. 354 ("Norme sull'ordinamento penitenziario e sull'esecuzione delle misure privative della libertà", in seguito O.P.) il lungo percorso della riforma

³³ Cfr. M. Foucault, *Sorvegliare e punire.*, Einaudi, Torino 1993, pp. 218-228. Secondo Foucault, il Panopticon, ideato da Jeremy Bentham nella metà del XIX secolo, ha espresso nella forma più pura le differenze tra i vecchi ricoveri e le nuove prigioni. Panopticon era il nome che Bentham diede a un carcere ideale da lui progettato, ma mai interamente realizzato. Il Panopticon aveva una forma circolare, con delle celle tutte intorno alle mura perimetrali e con al centro una torre di controllo. Ogni cella era dotata di due finestre, una verso la torre di controllo, l'altra rivolta all'esterno. La finalità del progetto era di rendere i detenuti costantemente visibili alle guardie: le finestre della torre erano coperte da persiane alle veneziane, in modo che il personale del penitenziario potesse sorvegliare continuamente i carcerati, senza a sua volta esporsi alla loro vista. La pianta del Panopticon contribuì a diffondere il principio delle celle separate per singoli individui o piccoli gruppi di carcerati.

penitenziaria raggiunse una tappa decisiva, dando seguito alle indicazioni contenute nella Costituzione³⁴.

La legge è divisa in due titoli, "Trattamento" e "Organizzazione". Il primo titolo si rifà ai principi costituzionali, sia per quanto concerne le modalità detentive (art. 27 Cost.), sia per tutto quello che riguarda la libertà personale. Il concetto di umanizzazione della pena è ben evidente nell'art. 1, comma 1°, della citata legge, che stabilisce: "Il trattamento penitenziario deve essere conforme ad umanità e deve assicurare il rispetto della dignità della persona." E ancora, l'ultimo comma dello stesso articolo recita: "Nei confronti dei condannati e degli internati deve essere attuato un trattamento rieducativo che tenda, anche attraverso i contatti con l'ambiente esterno, al reinserimento sociale degli stessi. Il trattamento è attuato secondo un criterio di individualizzazione in rapporto alle specifiche condizioni dei soggetti³⁵".

Di fondamentale importanza è l'art. 4 dell'ordinamento, che assicura ai detenuti e agli internati l'esercizio personale dei loro diritti anche se si trovano in stato di interdizione legale, "di tal che la figura del detenuto viene portata in primo piano, non più quale soggetto passivo dell'esecuzione penale, bensì quale soggetto di diritti, primo fra tutti quello di essere destinatario delle proposte trattamentali degli operatori penitenziari³⁶".

La decisiva svolta rispetto al Regolamento del 1931 si esprime, dunque, anche nel riconoscimento al detenuto di una propria soggettività giuridica, venendo identificato e definito quale titolare di diritti e di aspettative e legittimato all'agire giuridico proprio nella qualità di titolare di diritti che appartengono alla condizione di detenuto. E si tratta, per lo più, di valori tutelati

³⁴ G. Catelani, cit., pp. 19-26.

³⁵ Cfr. Legge n. 354/75, art. 1

³⁶ F. Fiorentin, Il trattamento rieducativo, in www.dirittoediritti.it.

dalla Costituzione, esprimendosi nei diritti relativi all'integrità fisica, ai rapporti familiari e sociali, all'integrità morale e culturale.

Tra i vari aspetti affrontati dalla legge si annoverano le misure alternative alla detenzione³⁷ che possono consistere nell'affidamento in prova al servizio sociale, nella semilibertà o nella detenzione domiciliare dopo aver scontato metà della pena: la novità, in questo caso, sta nel fatto che è proprio la magistratura di sorveglianza ad essere chiamata a gestire permessi e misure alternative, attuando così una collaborazione inedita con l'amministrazione.

L'affidamento in prova al servizio sociale, regolato dall'art. 47 della summenzionata legge, è considerato la misura alternativa alla detenzione per eccellenza, in quanto si svolge interamente nel territorio, mirando ad evitare al massimo i danni derivanti dal contatto con l'ambiente penitenziario e dalla condizione di privazione della libertà.

La prima modifica che ha inciso sulla disciplina dell'istituto è avvenuta nel 1977, con la legge 12 gennaio 1977, n.1, con la quale viene rimossa la condizione ostativa alla concessione rappresentata dalla recidiva.

In seguito l'ordinamento penitenziario è stato oggetto di una nuova riforma nel 1986 da parte della l. 663/1986 (legge-Gozzini) che, altro non è stato, se non il naturale completamento della prima.

³⁷ Al riguardo, cfr. A. Lovati, "Recenti modifiche dell'ordinamento penitenziario in relazione allo stato di alcool e tossicodipendenza", in A. Lovati (a cura di), In "carcere e territorio" I nuovi rapporti promossi dalla legge Gozzini e un'analisi del trattamento dei tossicodipendenti sottoposti a controllo penale, Franco Angeli, Milano 1988., pp. 211-226. Secondo Lovati l'esistenza di forme alternative alla detenzione offre vantaggi eccezionali. In particolare tali misure mettono in primo piano la persona, rendono più umana la pena e il modo di viverla, stimolano e facilitano l'elaborazione di un trattamento per la persona, preparandola più efficacemente al reinserimento, permettono di conservare i rapporti con la famiglia e con la comunità di appartenenza.

Il legislatore del 1986 infatti prende atto di una realtà di fatto: con la riforma dell'ordinamento penitenziario aveva preso avvio un generale processo di differenziazione tra modalità trattamentali "soft" e modalità trattamentali "hard"³⁸.

Essa semplicemente registra il fenomeno e cerca di darvi disciplina.

Della nuova disciplina e' importante tenere presente la rimozione delle esclusioni dalle misure alternative.

La l. 354/1975, infatti, in relazione a determinati titoli di reato (rapina, estorsione, sequestro di persona a scopo di rapina e di estorsione, associazione di tipo mafioso), escludeva l'ammissione all'affidamento in prova, al servizio sociale e alla semilibertà.

Tra le varie posizioni giurisprudenziali che sostenevano questa impostazione giova ricordare la sentenza 2 luglio 1980 n. 107³⁹, con la quale la corte Costituzionale aveva dichiarato infondata l'eccezione di incostituzionalità sollevata a proposito dell'esclusione, ex art. 47 comma O.P., ritenendo che quest'ultima, sebbene "opinabile", rientrava in "scelte che non si prestano a venire censurate".

Ma gli argomenti addotti dal giudice *a quo* ("il fine rieducativo inerisce ad ogni pena, quale che ne sia l'entità", cosicché non vi possono essere delle pene "escluse dalla utilizzazione degli strumenti con i quali il fine predetto viene raggiunto") sono respinti con evidente fatica, e solo a prezzo dell'affermazione che "accanto alla rieducazione del condannato la pena persegue altri scopi", vale a dire la dissuasione, la prevenzione, la difesa

³⁸ I.Bartholini, Donne autrici o vittime di reato? Un'indagine sull'efficacia delle misure alternative nei percorsi di recupero delle detenute nel contesto agrigentino in Rivista di Criminologia, Vittimologia e Sicurezza – Vol. IX – N. 2 – Maggio-Agosto 2015 pag. 32

³⁹ Giur. Cost. 1980, I, p. 1001

sociale⁴⁰” ed ha poi ribadito che la funzione ed il fine della pena stessa non si esauriscono nella sperata emenda del reo, ma hanno di mira esigenze irrinunciabili di dissuasione, prevenzione, difesa sociale.

La nuova normativa, invece, è ispirata da un principio ben preciso: una volta che la condanna è stata inflitta, gli strumenti apprestati per verificare, sostenere e promuovere la riabilitazione del condannato debbono valere per tutti, a prescindere dal tipo di reato commesso. Il tipo di reato, le caratteristiche dell'inserimento delinquenziale che il soggetto aveva all'epoca saranno tutti elementi da prendere in considerazione al momento in cui si dovrà decidere nel merito della concessione delle misure alternative: ma nessuno, in linea di principio, può essere escluso dalle stesse con l'introduzione di presunzioni di pericolosità che appaiono in contrasto con i principi costituzionali dell'uguaglianza (art. 3 Cost.) e della rieducazione (art. 27 3° comma Cost.).

Il 2° c. dell'art. 47 O.P. invece disponeva infatti che il provvedimento venisse adottato sulla base dei risultati dell'osservazione della personalita', condotta per almeno un mese in istituto. Il periodo di osservazione doveva essere inteso come una indicazione legislativa dei mezzi di valutazione dei quali il giudice si doveva servire e quindi come una tipizzazione delle fonti di prova dalle quali deve discernere il proprio convincimento.

⁴⁰ F. Palazzo, *Prevenzione generale ed allarme sociale nella questione dei limiti alle misure alternative*, I, 1980, p. 1726s.

Ne' eventuali indagini sul soggetto gia' condotte in precedenza⁴¹, ne' un'osservazione condotta in ambiente libero, ne' infine un'osservazione di minor durata avrebbero potuto fungere da equipollente al criterio eletto dall'articolo in oggetto: ed un provvedimento che si basasse su parametri di giudizio diversamente assunti dovrebbe assimilarsi ad una sentenza fondata su prove indebitamente acquisite, e sarebbe per cio' stesso carente di motivazione⁴².

A partire dal 1998, con la c.d. legge Simeone, si e' consentito l'accesso alla misura sospensiva anche al condannato libero, per evitare il contatto breve con il carcere istituzionalizzato al solo fine di condurre l'osservazione della personalita'.

L'art. 656 c.p.p. dispone che il p.m. sospenda l'esecuzione della pena detentiva non superiore a tre anni e prescrive la notifica dell'ordine di esecuzione e del decreto di sospensione al condannato, con avviso della facolta' di presentare, entro trenta giorni, istanza adeguatamente motivata per la concessione della misura alternativa dell'affidamento in prova (art. 47 ter O.P.) o sospensione della esecuzione in relazione allo stato di tossicodipendenza (artt. 90 e 94 DPR 309/90).

L'istanza e' presentata al p.m. il quale e' tenuto a trasmetterla al Tribunale di Sorveglianza che decide entro 45 giorni dal ricevimento dell'istanza. La misura puo' essere concessa quando si puo' ritenere che il provvedimento stesso contribuisca alla rieducazione del reo e assicuri la prevenzione del pericolo che egli commetta altri reati. L'istruttoria dovra' auspicabilmente

⁴¹ Salvo che si tratti di soggetto gia' detenuto in stato di custodia preventiva e gia' sottoposto al trattamento (Cass. 22 Febbraio 1978, p.m. in c. Fusilli in Giust. Pen., 1978 III, C. 211)

⁴² La Suprema Corte ha dichiarato " non rilevante l'osservazione disposta in epoca remota " (Cass. 24-5-1978, in c. Branchini in Cass. Pen. Mass. Ann. 1979, p. 984,)

comprendere l'accertamento delle condizioni personali, familiari e sociali del condannato, mentre punto di partenza del giudizio del Tribunale di Sorveglianza è la pericolosità sociale del condannato e la condotta in carcere.

Viene ritenuto elemento negativo, ad esempio, l'atteggiamento di disinteresse del condannato per le conseguenze del reato e, in particolare, l'omesso risarcimento del danno. Tuttavia l'avvenuto risarcimento del danno non costituisce un presupposto legale della misura per cui la sua omissione non determina automaticamente il rigetto dell'istanza.

I detenuti e gli internati per reati associativi (416 *bis* e 630 c.p., art. 74 DPR 309/90) possono essere ammessi all'affidamento ai servizi sociali solo se collaborano con la giustizia, oppure quando la loro collaborazione risulti impossibile, ad esempio perché tutte le circostanze del reato sono già state accertate (art. 4 *bis* O.P., comma 1°).

I detenuti e gli internati per altri reati gravi (commessi per finalità di terrorismo, omicidio, rapina aggravata, estorsione aggravata, traffico aggravato di droghe) possono essere ammessi all'affidamento ai servizi sociali solo se non vi sono elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata o eversiva (art. 4 *bis* O.P., comma 1°, periodo 3). Chi è evaso, oppure ha avuto la revoca di una misura alternativa, non può essere ammesso all'affidamento ai servizi sociali per 3 anni (art. 58 *quater*, commi 1° e 2°, O.P.). Non vi può essere ammesso per 5 anni nel caso abbia commesso un reato, punibile con una pena massima pari o superiore a 3 anni, durante un'evasione, un permesso premio, il lavoro all'esterno, o durante una misura alternativa (art. 58 *quater*, commi 5° e 7°, O.P.).

L'affidamento in prova e' revocato qualora il comportamento del condannato sia incompatibile con la prosecuzione della prova (per esempio per fatto colpevole del condannato). In questo caso e' riservato al Tribunale di Sorveglianza il compito di determinare la parte di pena da considerarsi espiata e di statuire l'entita' del residuo.

L'esito positivo del periodo di prova estingue la pena e "ogni altro effetto penale"⁴³: tuttavia l'effetto estintivo non e' automatico ma consegue ad una pronuncia del Tribunale di Sorveglianza con declaratoria della estinzione della pena.

L' affidamento in prova al servizio sociale è previsto anche dall'art.94 l.309/1990 per quanto concerne i tossicodipendenti e alcodipendenti; dall'articolo 47-*quater* O.P. per i soggetti affetti da Aids o grave deficienza immunitaria.

Per tali soggetti, in ragione della criticita' della loro situazione e della particolare rilevanza dell'opera rieducativa in chiave terapeutica della dipendenza, la pena detentiva da eseguirsi e' elevata fino al limite di quattro anni; si richiede che il condannato sia persona tossico o alcol dipendente, che intenda sottoporsi ad un programma di recupero concordato con la Asl o struttura sanitaria, pubblica o privata, indicata dalla legge. L'art. 94 DPR 309/90 dispone che il Tribunale debba accertare lo stato di tossico o alcol dipendenza e richiama, per l'affidamento terapeutico, la disciplina dell'affidamento penitenziario. L'affidamento terapeutico non puo' essere concesso per piu' di due volte in relazione in riferimento ad autonomi percorsi di riabilitazione.

⁴³ Corte Cass Sez. I n. 52551 del 29-9-2014 in cassazione penale n. 05-2015 p. 1992 s.

Vi è poi una figura di affidamento in prova al servizio sociale per il condannato militare, prevista dalla l. 167/1983, che ha inteso non creare un istituto autonomo ma semplicemente estendere l'affidamento in prova del condannato comune al condannato militare “ con gli adattamenti richiesti dalla organizzazione materiale militare⁴⁴”.

La misura e' applicabile relativamente a reati militari, qualunque sia il giudice, ordinario o speciale, che ha pronunciato la relativa condanna a pena detentiva non superiore a tre anni. Il condannato inoltre deve stare scontando la pena in uno stabilimento militare di pena.

Sono tuttavia considerati ostativi alla concessione del beneficio i reati di rivolta, ammutinamento aggravato, cospirazione per compromettere la sicurezza del posto e l'autorita' del comandante. Questo tipo di limite puo' trovare una spiegazione nelle esigenze di specialita' e di differenziazione poste a fondamento dell'ordinamento penale militare. La Corte cost., con sentenza 104/95⁴⁵, ha stabilito che e' del tutto irrilevante la natura della pena in espiatione: pertanto, ove si tratti della esecuzione di una condanna pronunciata dal giudice ordinario relativamente a reati comuni, opera la disciplina prevista dall'art. 47 O.P., e di conseguenza, competente a provvedere in ordine all'affidamento in prova e, in genere, ai benefici penitenziari, e' il Tribunale di Sorveglianza ordinario, anche nelle ipotesi in cui, in applicazione dell'art. 63 c.p.m.p, la pena della reclusione comune sia stata sostituita da quella militare.

⁴⁴ Della Casa Franco, Il diritto penale militare nel sistema penale italiano, 6° ed. Milano, 1992 p. 257 s.

⁴⁵ Corte Cost. sent. 31 marzo 1995 n. 104 in Giur. Cost. 1995, p. 885.

La misura e' revocabile, analogamente a quanto previsto dall'art. 47 O.P., in presenza di un comportamento contrario alla legge o alle prescrizioni che si riveli incompatibile con la prosecuzione della prova, anche se si richiede che l'infrazione sia " espressione di un atteggiamento globale negativo⁴⁶" tale da dimostrare la mancanza di una risposta positiva al trattamento.

L'esito positivo della prova estingue la pena ed ogni altro effetto penale secondo la disposizione dell'art. 2 u.c. l. 167/83.

1.3 Il probation nelle scelte del legislatore penale minorile.

Il nostro ordinamento ha conosciuto inoltre, prima della entrata in vigore della legge 67/2014, la sospensione del processo con l'affidamento in prova dell'imputato minorenne, gia' a partire dall'approvazione del DPR n. 448/1988 intitolato: " Approvazione delle disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni".

Attraverso l'istituto della messa alla prova viene introdotta per la prima volta nell'ordinamento giuridico italiano una vera misura di *probation* processuale, che consente di rispondere del reato senza l'infrazione di una pena e, segnatamente, di una pena detentiva: sovvertendosi, in questo senso, l'assunto secondo cui l'entità della sanzione costituirebbero l'unico modo per rispondere al male del reato⁴⁷.

La messa alla prova nel sistema processuale minorile e' disposta nel corso del processo e, in caso di esito positivo della prova, non si giunge a una sentenza di merito, perche' e' durante il processo

⁴⁶ Vd. nota n. 43

⁴⁷ C. Mazzucato, in *Mediazione e giustizia riparativa, Il servizio sociale nel sistema penale e penitenziario* AA.VV. pp. 210-217. Franco Angeli ed. (2007).

che il minore e' messo alla prova, quando ci siano i requisiti necessari, comportando una sospensione del processo stesso che sfocia in una declaratoria proscioglitrice per estinzione del reato in caso di esito positivo della prova.

La sospensione consente di affrontare adeguatamente i casi in cui il reato commesso dall'imputato minorenni esprime nient'altro che un "disagio temporaneo, ricollegabile alla variabilita' adolescenziale", consentendo all'autore di dare "dimostrazione della sua capacita' di impegnarsi in un progetto di vita: si consente l'anticipata espulsione dal processo di quelle che sono state definite devianze di non rilevanza sociale⁴⁸".

La finalita' della messa alla prova dell'imputato minorenni e' quella di evitare, o comunque limitare il piu' possibile, il contatto traumatico del giovane col processo penale; la *ratio* della legge e' di perseguire tale finalita' con particolare determinazione, in quanto assegna al giudice il potere di ordinare anche d'ufficio la sospensione con messa in prova del minore.

Quindi l'istituto della sospensione del processo con messa alla prova dell'imputato minorenni e' incentrato piu' alla prevenzione piuttosto che alla repressione, permettendo all'imputato minorenni appunto, di "tutelare" la propria personalita' ancora in via di sviluppo e focalizzarla in un'ottica il piu' possibile educativa. L'imputato minorenni, infatti, attraverso l'istituto della messa alla prova dovrebbe essere messo in una condizione tale da renderlo pienamente consapevole delle conseguenze derivanti dal proprio agire illecito, e condurlo alla riparazione del danno cagionato alla vittima⁴⁹.

⁴⁸ P. Vadora, La sospensione del processo e la messa alla prova, in *Dif.pen.*, 1993 p. 52

⁴⁹ P. Gaeta, Il processo penale minorile: condanna o messa alla prova? In *Quest. Giust.*, n. 1 pp 39 e ss.

La sospensione prevista dall'art. 28 DPR 448/88 identifica un caso di sospensione "impropria", aprendo una fase incidentale che si sviluppa davanti al medesimo giudice che l'ha disposta⁵⁰.

La misura della sospensione del processo con messa alla prova dell'imputato minorenne trae origine dal *probation system* anglosassone, rispetto al quale però presenta un'importante differenza: nel modello inglese, la prova è misura alternativa alla pena, e quindi posteriore alla sentenza di condanna⁵¹; nel sistema italiano invece, essa interviene nel corso del processo e, pertanto, è definita come forma di *probation* processuale⁵².

In questo modo il processo, oltre ad essere terreno per l'accertamento del fatto, diventa strumento di intervento sulla personalità dell'imputato. Il minore si impegna nella messa alla prova e lo Stato rinuncia alla condanna e, addirittura, alla prosecuzione del processo.

Nel sistema anglosassone inoltre esiste la sostanziale differenza tra *probation* e *diversion*, e l'istituto della messa alla prova può essere definito un incrocio tra questi due modelli.

La *diversion*, assente nell'ordinamento italiano, consiste nella sottrazione del minore al circuito giudiziario, possibilmente nel momento in cui nasce il sospetto della sua responsabilità per il fatto, prima che sia esercitata l'azione penale e del conseguente affidamento agli organi assistenziali.

Questa procedura, se da un lato offre il vantaggio di evitare che il minore venga a contatto con l'autorità giudiziaria, dall'altro presenta il limite del rischio della insufficiente consapevolezza

⁵⁰ C. Losana, sub art. 28 d.p.r. 22 settembre 1988, n. 448, in M. Chiavario (coordinato da), Commento al codice di procedura penale, Leggi collegate, Utet, 1994, pag 131.

⁵¹ Per un'analisi del sistema processuale minorile inglese, V. Patane', L'individualizzazione del processo penale minorile. Confronto con il sistema inglese, Giuffrè, Milano, 1999.

⁵² C. Losana, Commento all'art. 28, in M. Chiavario (a cura di), 1994 pag. 291.

circa l'erroneità del comportamento tenuto da parte del minore. In merito alla possibilità di recepire, anche nel nostro ordinamento, tale rimedio, giova ricordare che un provvedimento di *diversion* impone comunque delle limitazioni alla libertà personale; tali limitazioni alla libertà personale deriverebbero da autorità non esercenti funzione giurisdizionale, e questo sarebbe in palese contrasto col principio di inviolabilità della libertà personale, che è sancito dall'art. 13 Cost., e risulta limitabile solo con provvedimento motivato dell'autorità giudiziaria.

Il *probation* invece è uno strumento alternativo alla detenzione, successivo quindi ad una sentenza di condanna, volto ad evitare gli effetti non risocializzanti del carcere.

L'istituto della messa alla prova disciplinato dall'art. 28 DPR 448/88 coniuga gli aspetti positivi del *diversion* e del *probation*, perché, a differenza del modello di *diversion*, presenta i vantaggi della sottoposizione del controllo all'autorità giudiziaria e della presa di responsabilità del minore in merito al fatto, in quanto presupposto è il riconoscimento della responsabilità.

Inoltre presenta i vantaggi dell'utilizzo potenziale per qualsiasi reato e della inesistenza degli effetti stigmatizzanti che conseguono alla condanna⁵³.

L'art. 28 del DPR n. 448/1988 si allinea con quanto disposto dalla normativa internazionale, in particolar modo con le regole di Pechino⁵⁴ ove, considerata l'inadeguatezza e l'insufficienza di

⁵³ In tal senso M. Zanchetti, Il processo penale minorile: un fiore all'occhiello del sistema giudiziario italiano, in G. Ingrasci – M. Picozzi (a cura di), *Giovani e crimini violenti: psicologia, psicopatologia e giustizia*, Milano, 2002, pp. 247-262.

⁵⁴ Così l'art. 11 delle Regole di Pechino, che prevedono espressamente l'opportunità di ricorrere a tecniche di *diversion* nel tentativo di dare risposte nuove alla devianza minorile: "Dovrebbe essere considerata l'opportunità, ove possibile, di trattare i casi dei giovani che delinquono senza ricorrere al processo formale da parte dell'autorità competente" (in G. Mannozi, *La giustizia senza*, pp. 249-250).

una reazione di tipo meramente custodialistica, si sottolinea l'importanza di percorsi alternativi al procedimento penale come

“ Le Regole minime sull'amministrazione della giustizia dei minori” (chiamate Regole di Pechino) sono state adottate dall'ONU il 29 novembre 1985. Questo strumento internazionale relativamente corto (soltanto 30 articoli) e non vincolante è molto importante perché colma una lacuna - infatti, gli atti precedenti elaborati in seno all'ONU (Regole minime per il trattamento dei detenuti del 1955 e il Patto Internazionale sui diritti civili e politici del 1966) non facevano alcun esplicito riferimento alla giustizia minorile.

I principi espressi nelle Regole di Pechino acquistano forza vincolante nella Convenzione internazionale sui diritti del fanciullo del 1989 che dedica ampio spazio alla giustizia minorile nell'art.40. Di quest'articolo, la mediazione penale risponde al dettato del par. 1: “il diritto del fanciullo [...] a essere trattato in un modo che risulti atto a promuovere il suo senso di dignità e valore che rafforzi il suo rispetto dei Diritti Umani e delle libertà altrui, e che tenga conto della sua età, nonché dell'esigenza di facilitare il suo reinserimento nella società e di fargli assumere un ruolo costruttivo in seno a quest'ultima”. A coronamento dell'articolo 40 il par. 4: “Saranno previste norme relative [...] a soluzioni alternative al trattamento istituzionale, al fine di garantire che i fanciulli vengano trattati in modo adeguato al loro benessere e proporzionato sia alla loro specifica condizione sia al reato commesso” (si legga anche il par.3 lett. b). La *ratio* della mediazione penale si attaglia altresì all'art. 39 “assicurare il recupero fisico e psicologico ed il reinserimento sociale di un fanciullo vittima di qualsiasi forma di negligenza”, perché se il minore è giunto a delinquere ci sarà stata la negligenza di qualche soggetto. Inoltre la mediazione ha certamente una valenza educativa perché inculca nel fanciullo il rispetto e lo prepara ad assumere le responsabilità della vita in società (art. 29). Anche altri articoli forniscono indicazioni che si addicono alla mediazione penale, come il diritto all'ascolto (art. 12 par. 2), il diritto allo sviluppo fisico, mentale, spirituale, morale e sociale (art. 27 par. 1), diritti che misure diverse dalla mediazione non garantiscono altrettanto. Significativi sono pure i principi espressi nel Preambolo della Convenzione “il fanciullo per il pieno ed armonioso sviluppo della sua o ad avere una vita individuale nella società, ed allevarlo nello spirito degli ideali proclamati nello Statuto delle Nazioni Unite e in particolare nello spirito di pace, di dignità, di tolleranza, di libertà, di eguaglianza e di solidarietà”. La mediazione penale, come ogni forma di mediazione, è informata alla comprensione, alla tolleranza e alla solidarietà (sul cui significato etimologico sarebbe bene riflettere).

In merito alla mediazione penale si osserva tuttavia l'assenza di qualsivoglia accenno a tal riguardo nella recentissima direttiva 2016/800/UE dell' 11 maggio 2016 che, invece, prevede un ampio ventaglio di garanzie per il minore imputato nel procedimento penale e nell'esecuzione di un mandato di arresto europeo, tra cui, in particolare, la tempestiva informazione circa i suoi diritti e l'assistenza difensiva, nonché quella affettiva fornita dai genitori o dagli esercenti la potestà genitoriale. Il diritto ad una valutazione delle specifiche caratteristiche della sua personalità e delle esigenze di formazione, istruzione e reinserimento sociale. Particolare tutela è prevista in caso di provvedimenti restrittivi della libertà personale del minore, cui deve essere assicurato un accertamento medico e psicologico, oltre alla possibilità di accedere a misure alternative alla detenzione. Deve, inoltre, essere salvaguardato il diritto del minore di partecipare al procedimento penale, con modalità tali da proteggerne la riservatezza, e con forme di documentazione audiovisiva delle sue dichiarazioni. [...] in <http://www.penalecontemporaneo.it/area/3-/16-/4770-nuova-direttiva-dell-unione-sulle-garanzie-per-i-minori-nel-processo-penale/>

risposta adeguata al disagio giovanile espresso nella commissione di reati.

Il legislatore ha ritenuto che la personalità del minore possa subire nel corso del tempo un'evoluzione e questa, se affiancata ad un adeguato programma di aiuto e sostegno, possa avere come obiettivo quello di rendere pienamente consapevole il minore coinvolto delle conseguenze del suo agire illecito, cercando di condurlo alla riparazione del danno cagionato alla vittima.

1.4 Ambito di applicazione e procedimento della messa alla prova del probation minorile.

In base a quanto previsto dagli artt. 28 e 29 DPR n. 448 del 1988, la sospensione del processo per messa alla prova per l'imputato minorenni è applicabile per i reati di qualsiasi gravità, poiché il legislatore non ha posto preclusioni in dipendenza della gravità oggettiva del reato. Il processo è sospeso per un periodo non superiore a tre anni quando si procede per i reati per i quali è prevista la pena dell'ergastolo o della reclusione non inferiore nel massimo a dodici anni; negli altri casi, per un periodo non superiore a un anno (art. 28 comma 1° DPR n. 448/1988).

Per disporre la sospensione del processo non è necessaria un'esplicita dichiarazione di responsabilità per il fatto commesso e non è richiesto espressamente il consenso dell'imputato: il giudice, quando ritiene di dover valutare la personalità del minorenni all'esito della prova, sentite le parti, può disporre con

ordinanza la sospensione del processo (art. 28 comma 2° DPR n. 448/1988)⁵⁵.

Non prevedendosi alcun limite, si può affermare che la messa alla prova viene disposta dal giudice ogni qual volta, con concrete possibilità di successo, egli ritenga esperibile un tentativo di recupero da parte del minore.

La legge attribuisce al giudice quindi, sempre come conseguenza del non avere previsto limiti all'adozione della misura, un fortissimo potere discrezionale e consente che si ricorra all'istituto sia per reati di lieve entità sia per delitti anche gravissimi (per i quali, tra l'altro, l'effetto positivo conseguente al buono svolgimento della prova, può sembrare lesivo di quelle ragioni di prevenzione generale che, pure subordinate ampiamente alle esigenze di rieducazione nella legislazione

⁵⁵ Per quanto riguarda l'aspetto del consenso, esso viene considerato alla stregua di un elemento formale, successivo alla richiesta del giudice, come un modo cioè di accertare la disponibilità del minore alla prova. Secondo una parte della dottrina non si dovrebbe prescindere mai dal consenso, perché la prova stessa non potrebbe ottenere alcuna utilità senza la collaborazione del minore, la stessa assumerebbe una connotazione paternalistica ed il minore sarebbe "oggetto di protezione" piuttosto che titolare di diritti soggettivi perfetti. Da questo punto di vista l'inciso "sentite le parti" (art. 28 D.P.R. 448 primo comma) è stato considerato come testuale necessità del consenso, anche se l'espressione può essere intesa nel senso che il giudice, prima di decidere, debba procedere ad ascoltare le parti.

La *ratio* sulla normativa del *probation* va rinvenuta nella convinzione che il trattamento connesso alla prova possa (e auspicabilmente debba) avere un effetto positivo sul minore: da questo punto di vista il consenso, inteso come accettazione consapevole dell'esperimento, non può mancare. Tuttavia ci possono essere ipotesi in cui la mancata prestazione del consenso potrebbe dipendere da ragioni diverse rispetto alla eventuale contrarietà all'esperimento (il minore infatti potrebbe essere intimidito dall'ambiente criminale di provenienza) e l'interesse del minore non sarebbe pienamente garantito se il rimedio fosse esperibile dietro prestazione di consenso espresso. La prova ha come scopo l'evoluzione di una personalità ancora in formazione e pretendere l'assenso del minore significherebbe presumere che egli abbia una identità strutturata a tal punto da potere effettuare la scelta migliore per il proprio futuro.

E. Lanza La sospensione del processo con messa alla prova dell'imputato minorenni Giuffrè, Milano 2003 pag. 68 ss.

penale minorile non possono però essere integralmente escluse.)⁵⁶

Quanto al procedimento, l'iniziativa della sospensione del processo ai sensi dell'art. 28 DPR n. 448/88 può essere assunta dalle parti, benché nulla escluda che il provvedimento sia emesso d'ufficio dal giudice, una volta che abbia valutata la sussistenza dei presupposti indicati dalla legge ed invitando i servizi sociali ad elaborare un progetto di intervento per il minore destinatario della misura.

Pertanto il giudice, una volta disposta con ordinanza la sospensione del processo, affida il minore ai servizi minorili dell'amministrazione della giustizia per lo svolgimento, anche in collaborazione con i servizi locali, delle opportune attività di osservazione, trattamento e sostegno (art. 28 comma 2° DPR n. 448/1988).

Naturalmente l'avvio della messa alla prova è subordinato alla presenza di specifici presupposti:

E' considerato "essenziale"⁵⁷ verificare la sussistenza di un fatto penalmente rilevante e l'eventuale commissione di tale fatto da parte dell'imputato.

Sono pertanto presupposti per l'applicazione dell'istituto la *notitia criminis*, la minore età dell'imputato al momento del fatto, la capacità di intendere e di volere del minore, la responsabilità penale del minore, il giudizio prognostico circa il possibile esito positivo della prova, la redazione del progetto di intervento.

⁵⁶ F. Merlini- G. Scardaccione- M.T. Spagnoletti, Sospensione del giudizio e messa alla prova: riflessioni sui primi due anni di applicazione, in Esp. Fiust. Min., 1992, n. 3 pp. 82 ss

⁵⁷ Cesari, art. 28, Sospensione del processo e messa alla prova in AA.VV., Il processo penale minorile, Commento al d.p.r. 448/88, a cura di Glauco Giostra, Giuffrè, Milano, 2001, pp 342 ss

Il giudice, per procedere alla valutazione della capacità di intendere e di volere di un giovane imputato o indagato, è fornito del rimedio peritale, che, se prontamente esperito, costituisce la sola via per un accertamento attendibile.

D'altronde, una delle particolarità della sospensione del processo minorile rispetto a quella disciplinata dall'art. 67/2014 è che la dinamicità della condizione minorile impedisce valutazioni diagnostiche lontane nel tempo, per cui, quando trascorre un notevole lasso di tempo tra la commissione del reato e l'accertamento della capacità del giovane, il giudizio sulla maturità si fonda su congetture, che spesso portano, “ a pronunce di assoluzione *ex art. 89 c.p.* fondate sull'omissione di un tempestivo accertamento di maturità psichica del minore all'epoca del fatto e sulla inutilità di procedere all'accertamento allorché troppo tempo è trascorso”⁵⁸.

Non possono considerarsi ostativi i precedenti giudiziari del minore, il perdono già ottenuto per un altro illecito o l'insuccesso di una precedente prova: dato che la valutazione del giudice è incentrata sulla personalità in evoluzione del minore, non possono costituire vincoli, per la decisione di mettere alla prova, dei fatti pregressi che non hanno alcuna relazione diretta con l'oggetto dell'analisi.

Molto importanti sono infatti le caratteristiche di personalità del minore che inducono a ritenere possibile il suo recupero, attraverso la mobilitazione delle sue risorse personali e di idonee risorse ambientali; è proprio sulla base di queste risorse che i servizi sociali elaborano il progetto di messa alla prova, che deve necessariamente essere accettato e condiviso dal minore.⁵⁹

⁵⁸ Tribunale per i Minorenni di Bologna, sent. 10 settembre 1992, in Foro it., 1993, II, c. 585.

⁵⁹ Enrico Lanza, cit. 59 ss.

L'art.28 D.P.R. 448/88 può essere applicato in sede sia di udienza preliminare che di dibattimento. Con tale provvedimento il processo viene sospeso e il minore viene affidato ai servizi minorili dell'amministrazione della giustizia che, anche in collaborazione con i servizi socio-assistenziali degli enti locali, svolgono nei suoi confronti attività di osservazione, sostegno e controllo.

Ai sensi dell'art. 29 DPR n. 448 del 1988, trascorso il periodo di sospensione del processo con messa alla prova, il giudice, sulla base di quanto disposto dalle valutazioni dei servizi minorili e/o sociali dai quali il minore è stato affiancato durante tutto il periodo di prova, emetterà una sentenza di estinzione del reato se la valutazione sul comportamento del minore e l'evoluzione della sua personalità sarà stata positiva, cioè se avrà verificato se “ (il minore) abbia subito mutamenti tali da far ritenere il fatto commesso solo espressione di un disagio temporaneo e non indice di una personalità strutturata in senso delinquenziale⁶⁰”. Invece in caso di esito negativo della prova, il processo riprenderà da dove era stato sospeso.

Col richiamo all'art. 32 DPR 448/88 si fa riferimento all'ipotesi in cui la prova sia stata disposta durante l'udienza preliminare: in questo caso l'esito negativo della prova determina la ripresa del procedimento dalla fase in cui era stato interrotto. In tale circostanza il giudice potrà disporre il rinvio a giudizio, decidere di emanare una sentenza di non luogo a procedere, ex *art. 425 c.p.p.* o per concessione del perdono giudiziale o per irrilevanza del fatto.

⁶⁰ E. Palermo Fabris e A. Presutti, *Diritto e procedura penale minorile*, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 215-246.

Il secondo comma dell'art. 32 DPR 448/88 dispone che il giudice può, all'udienza preliminare, condannare il minore a una pena pecuniaria o a una sanzione sostitutiva.

Trova applicazione invece l'art. 33 DPR 448/88 nel caso in cui la messa alla prova sia disposta in corso di dibattimento e l'esito allora sarà quello ordinario di processo minorile⁶¹.

In linea generale si può comunque ritenere che lievi trasgressioni alle regole non solo non giustificano la valutazione negativa della prova, ma vanno considerate connaturali al percorso di maturazione di un minore deviante, dato che quello che è importante considerare non è il raggiungimento di un risultato predefinito quanto l'impegno che il minore ha dimostrato per il raggiungimento.

Allo stesso modo, quando vi sia dubbio sull'esito positivo della prova, il principio del *favor rei* dovrebbe comportare la soluzione assolutoria⁶².

⁶¹ Potrebbe anche verificarsi un proscioglimento nel merito, ed è quello che è avvenuto, ad esempio, nell'esperienza del Tribunale di Cagliari. G. Latti La messa alla prova nell'applicazione del Tribunale per i minorenni di Cagliari, in Min Gius, 1999, n. 2 p133.

⁶² Palomba Il sistema del nuovo processo penale minorile, Giuffrè, Milano, 1991, p. 482.

CAPITOLO II

LA MESSA ALLA PROVA NEL PROCEDIMENTO PENALE PER L'IMPUTATO ADULTO.

2.1 Le varie tappe della evoluzione legislativa.

2.2 La *ratio* dell'istituto.

2.3 I limiti oggettivi e soggettivi di ammissibilità della messa alla prova.

2.1 Le varie tappe di evoluzione legislativa.

Le Commissioni incaricate di redigere uno schema di legge-delega di riforma del codice penale e di procedura penale sono state tante quante i Ministri della Giustizia succedutisi nel corso delle varie legislature.

Nella prospettiva della deflazione carceraria, nel progetto elaborato dalla commissione ministeriale per la riforma del codice penale, presieduta dal Prof. Carlo Federico Grosso, istituita nell'ottobre del 1988 dall'allora ministro della Giustizia Carlo Maria Flick, la scelta cadeva sull'alternativa se considerare reato fatti che per la loro scarsa rilevanza sociale non meritano di essere inclusi nel sistema penale, salvo che in concreto, non avessero provocato danni socialmente significativi.⁶³

Dopo il naufragio della Commissione del 1998, con il secondo Governo Berlusconi, il 23 novembre 2001 si insediava una nuova Commissione, presieduta dal cons. Carlo Nordio, con il compito di presentare al Ministro Castelli il progetto di legge delega per un nuovo codice penale.

⁶³ Sul punto, la Relazione, consultabile su www.giustizia.it

Un'altra Commissione, sempre incaricata di predisporre uno schema di disegno di legge delega di riforma del Codice Penale è stata istituita il 30 luglio 2006, con Decreto del Ministro della Giustizia, sen. Clemente Mastella.

Una prima bozza di schema di legge delega di modifica della parte generale del codice e' stata presentata il 14 maggio 2007, nel corso della XV legislatura, al Ministro della Giustizia;

uno degli elementi qualificanti dello schema di legge delega è costituito dall'attuazione del principio di colpevolezza quale principio desumibile, secondo la giurisprudenza della Corte Costituzionale fin dalla sentenza 364/88, dall'art. 27, comma 1 della Costituzione⁶⁴.

La relazione finale della Commissione Pisapia⁶⁵ (19 novembre 2007) così recitava:” la Commissione ha ritenuto di estendere al processo per adulti, in presenza di reati puniti con pena diversa da quella detentiva e per i reati per i quali e' prevista una pena detentiva non superiore nel massimo a tre anni, l'istituto della

⁶⁴ La Corte costituzionale con tale sentenza ha fornito un contributo decisivo per il principio di personalità della responsabilità penale ex articolo 27 della Costituzione, con il principio alla colpevolezza; in passato, in verità, l'articolo 27 era inteso nel senso di escludere la responsabilità penale per fatto altrui, ma con la sentenza di cui stiamo parlando, la Corte è andata oltre, ritenendo che il carattere personale della responsabilità penale dell'articolo 27 vuole esprimere la necessità che il fatto sia attribuibile psicologicamente a chi l'ha commesso, e non solo dal punto di vista della materiale causazione, ma in quanto prodotto dalle scelte di una persona che si trovi in grado di governare i propri impulsi psichici e di orientarli nell'una piuttosto che dell'altra direzione.

La Corte poi nella stessa sentenza ha collegato il principio dell'articolo 27 primo comma con quello del terzo comma secondo cui le pene "devono tendere alla rieducazione del condannato", cosa che presuppone, evidentemente, la colpa (intesa come colpevolezza) dell'autore del fatto. Non avrebbe senso, secondo la Corte, la rieducazione di chi non è "in colpa" rispetto al fatto; in altre parole non si può rieducare chi non poteva comportarsi diversamente. Corte Cost. sent. 364/1988 in http://www.dirittoprivatoinrete.it/reatosocietario/la_colpevolezza.htm.

⁶⁵ C. Conti – A. Marandola e G. Varraso, “Le nuove norme sulla giustizia penale”, Cedam, Padova 2014 pgg. 339-433.

Disegno di legge del Governo n. 2662 del 17 maggio 2007, il quale prevede l'introduzione nel codice di rito dell'art. 420 sexies, intitolato «Sospensione del procedimento con messa alla prova». Si vedano gli artt. 27 e 28 del Disegno legge del Governo, Atto Camera n. 2664 del 17 Maggio 2007, in www.camera.it

messa alla prova, che, nel processo minorile, ha dato risultati positivi in una percentuale, secondo stime del Ministero, attorno all'85%.

Tale istituto [...] oltre a consentire di pervenire all'estinzione del reato (laddove la rinnovata sospensione condizionale della pena potrà solo estinguere quest'ultima), avrà sicuramente effetti positivi anche in termini di deflazione del carico giudiziario.

La proposta poi e' stata avanzata nella XVI legislatura e ripresentata nella XVII, con i disegni di legge avanzati ad iniziativa degli onorevoli Ferranti ed altri (n. 331) e Costa (n. 927), confluiti nel d.d.l. n. 925 approvato dalla Camera dei deputati il 4 luglio 2013.

A seguito dell'esame del provvedimento al Senato sono stati portati degli emendamenti e dunque il testo si e' arricchito di contenuti, concernenti essenzialmente una delega al governo a fini di depenalizzazione. Il disegno di legge e' tornato poi alla Camera dei deputati ove e' stato definitivamente approvato in data 2 aprile 2014.

Prima dell'approvazione della legge in oggetto, come si vede, c'e' sempre stato un riferimento costante⁶⁶ all'istituto della messa alla prova per gli imputati maggiorenni.

Questo sta a significare l'intento del legislatore di avviare una riforma del sistema che portasse ad un ridimensionamento dei meccanismi retributivi a favore dei modelli di giustizia ripartiva.

Per quanto attiene la finalita' deflattiva, alcuni Autori sostengono la tesi della possibile riduzione del carico

⁶⁶ Per una dettagliata analisi di tali disegni di legge, v. M. Colamussi, "Adulti messi alla prova seguendo il paradigma", In *Processo penale e Giustizia*, 2012, pag. 129; A. Martini, "La sospensione del processo con messa alla prova: un nuovo protagonista per una politica criminale gia' vista", in *Dir. pen. Proc.*, 2008, 237 ss.

giudiziario⁶⁷, mentre, secondo altri⁶⁸ tali effetti saranno pressoché nulli sul piano della deflazione penitenziaria, dato che il repertorio concepito dal legislatore, per lo più, contiene reati puniti con sanzione pecuniaria o alternativa:

pur considerando l'astratta possibilità di irrogare la pena carceraria, la vasta gamma di rimedi sostitutivi e/o alternativi eviterebbe anche oggi l'effettiva esecuzione.

A questo riguardo, non è superfluo sottolineare, alcuni dati riferiti ai primi sei mesi di applicazione dell'istituto, che indicavano 4689 richieste di accesso al *probation*, di cui solamente 109 all'epoca (dati del 31 ottobre 2014)⁶⁹ accolte.

Ancora più significativi sono però i dati da ultimo divulgati dal Ministero della Giustizia: infatti, al 31 dicembre 2015, sono state ben 9.445 le richieste di accesso al *probation*, di cui 6.557 già accolte.⁷⁰

L'istituto della messa alla prova, similmente al DPR 448/88, è subordinato a requisiti oggettivi e soggettivi, contenuti nelle disposizioni introdotte dalla legge in oggetto sia nel codice penale che nel codice di rito.

⁶⁷ R. De Vito, La scommessa della messa alla prova dell'adulto in *Questione Giustizia*, n. 6/2013, pag. 6: "La scommessa criminologica sottesa a questa probation processuale è quella di offrire immediatamente all'imputato (soprattutto se "primario" e accusato di un reato di minore gravità) un trattamento individualizzato che ne faciliti il recupero ed eviti il danno derivante non solo dalla detenzione in un istituto di pena (spesso fertile terreno criminogenetico), ma anche dallo stigma, a volte indelebile, che segue la condanna".

⁶⁸ Adolfo Scalfati "La debole convergenza di scopi nella deflazione promossa dalla legge n. 67/2014 pag. 3 ss

⁶⁹ V. Maglione, Imputati in coda per la messa alla prova, in www.quotidianodiritto.ilsole24ore.com (1-12-2014)

⁷⁰ www.giustizia.it

2.2 La ratio dell'istituto.

La linea di riforma introdotta dalla legge 67/2014 è quella rivolta alla “decarcerizzazione” ⁷¹, ossia alla riduzione quantitativa, alla deflazione in ordine agli accessi al carcere e alla mitigazione qualitativa delle pene limitative della libertà personale. L'idea della riduzione della pena da scontare in carcere trova il suo fondamento teorico nella concezione specialpreventiva della pena⁷², dal momento che postula il ricorso a strumenti diversi rispetto alla detenzione in relazione alla differente pericolosità dei soggetti, alla gravità dei reati commessi e all'efficacia dei trattamenti rieducativi.

La pena poi- viene efficacemente ribadito e' un'arma a doppio taglio che ferisce sempre, sia chi la subisce che chi la impartisce. “Il giudice ha sempre da riflettere sulla necessita' di irrogare la pena detentiva, oppure la misura di sicurezza, o di prevenzione, e questo dopo avere giudicato non adeguato ogni altro strumento, alternativo o sostitutivo della liberta' personale⁷³”.

Tra i vari strumenti alternativi, quello che la legge in oggetto disciplina e' quello della sospensione.

La categoria concettuale della sospensione e' riferibile, almeno in via di prima approssimazione, al complesso delle ipotesi nelle quali il normale esplicarsi dell'attivita' processuale risulta colpito da una paralisi temporanea di ordine generale, e questo

⁷¹ A. Scull, *Decarceration*, Englewood Cliffs, N. J. 1977; nella sua opera il sociologo americano utilizza per la prima volta scientificamente il termine “decarcerizzazione”, intendendo con essa il fenomeno, empiricamente osservabile, di una flessione consistente della risposta di tipo custodiale nelle prassi di disciplina sociale delle condotte devianti.

⁷² F. Mantovani, *Il problema della criminalità*, Padova Cedam 1984, p.427. “La prevenzione speciale consiste nel complesso di misure neutralizzatrici, terapeutiche e rieducativo-risocializzatrici, volte ad impedire che il singolo individuo cada o ricada nel delitto”.

⁷³ Vincenzo Scordamaglia cit. pag. 196

farebbe pensare ad un allungamento dei tempi processuali, invece che ad una loro riduzione.

La problematica dei fenomeni sospensivi, del resto, appare di non poco conto, anche in relazione all'esigenza di una definizione tempestiva dei processi.

Il Patto internazionale di New York del 1966 sui diritti civili e politici dell'uomo conferisce, all'art. 14, c. 3°, lett. c., ad ogni accusato "il diritto di essere giudicato senza eccessivo ritardo", quello che già la Convenzione di Roma del 1959 aveva tradotto nel "diritto ad un giudizio in un tempo ragionevole".

Quando il codice parla di sospensione del processo (come, ad esempio, nell'ipotesi dell'art. 3 c.p.p. relativo alle questioni pregiudiziali sullo stato di famiglia o di cittadinanza), intende circoscrivere l'operatività della specifica causa sospensiva al momento successivo rispetto alla formulazione della imputazione, con esclusione dunque della fase delle indagini preliminari.

Ci sono inoltre fenomeni di chiusura preventiva di un procedimento penale non ancora iniziato, come ad esempio "l'impromovibilità" dell'azione penale per mancanza di querela o di un'altra condizione di procedibilità.

La sospensione del processo penale è da considerarsi quindi nella sua fisionomia di effetto, che trova il suo momento conclusivo nella pronuncia di un provvedimento del giudice a seguito dell'accertamento di determinati requisiti e condizioni, senza i quali la sospensione non potrebbe definirsi *secundum legem*.

Talora la pronuncia del provvedimento sospensivo si configura in termini di consequenzialità rispetto alla sua causa mentre in altre ipotesi (come nel caso dell'art. 464 *quater* c.p.p.), al giudice è richiesta un'operazione valutativa ulteriore rispetto alla *ratio* della legge, e da qui la tendenza a contrapporre una

sospensione “obbligatoria” ad una sospensione” facoltativa”, e la discrezionalità ulteriore che contraddistingue i provvedimenti di sospensione facoltativa non va considerata come un *merum arbitrium*, dovendosi più correttamente configurare come apertura ad un’integrazione di elementi valutativi non analiticamente descritti dal legislatore, da portare però a fondamento di un comportamento ugualmente qualificabile come doveroso⁷⁴.

Infatti, ex art. 168-bis c.p., come meglio si vedrà in seguito, l’imputato è tenuto a dimostrare di avere effettuato condotte volte alla eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato e di avere, nel caso in cui sia possibile, risarcito per il danno cagionato.

La scelta qui intrapresa è quella della *diversion*, cioè una “via alternativa” rispetto alla normale sequenza di atti del processo prima della pronuncia sulla imputazione: viene infatti realizzata una sorta di “affidamento al servizio sociale antecedente all’attribuzione di responsabilità effettuata dalla sentenza⁷⁵” alla luce di una prognosi favorevole tale da giustificare la rinuncia statutale alla pretesa punitiva.

L’obiettivo di questo istituto consiste per l’appunto nella estinzione della pena in caso di esito positivo della prova.

Non è stato comprensibilmente facile attuare questa rivoluzione culturale, in quanto è stato necessario vincere le resistenze di quella parte del Parlamento che guarda con perplessità alle misure alternative alla detenzione, rivendicando effettività e certezza della pena, che vorrebbe applicata comunque, indipendentemente dall’illecito commesso.

⁷⁴ A. Cristiani., *La discrezionalità dell’atto nel processo penale*, Milano, 1985, p. 59 ss.

⁷⁵ R. De Vito *La scommessa della messa alla prova dell’adulto*, in *Questione Giustizia*, 2013, n. 6, p. 9 ss.

Inoltre esso risponde, seppur parzialmente, ai critici richiami mossi all'Italia da parte della Corte Edu, che ha piu' volte sollecitato l'Italia circa l'adozione di provvedimenti volti alla risoluzione del grave e perdurante problema del sovraffollamento carcerario.

Infatti la Corte di Strasburgo ha condannato l'Italia, con la sentenza Torreggiani⁷⁶, per la mancanza di strumenti idonei a provvedere al miglioramento delle condizioni degradanti in cui si trovano i detenuti a causa del sovraffollamento nelle carceri.⁷⁷

⁷⁶ Sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo dell'8 gennaio 2013 - Ricorsi nn. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10 – Torreggiani e altri c. Italia in www.Giustizia.it

⁷⁷ Articola così Giovanni Tamburino, Capo del Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria del Ministero della Giustizia: "Ciò che la sentenza Torreggiani impone è il rispetto di una proporzione, minima ed indefettibile, tra numero dei detenuti e spazio vitale di cui essi dispongono nel carcere. Tale proporzione non può essere violata nemmeno in forza di considerazioni economiche o di bilancio, posto che l'art. 3 della CEDU definisce uno dei pochissimi limiti che all'interno della Convenzione non ammette né deroghe né eccezioni...."

"Dunque, pur se gli Stati possono - e sono dalla Corte invitati a farlo - esplorare tutte le strade dirette a ridurre il ricorso alla carcerazione, in modo da farla diventare realmente extrema ratio del sistema penale, tanto quale misura preventiva, quanto come sanzione, la giurisprudenza di Strasburgo richiede però anzitutto di procurare spazi detentivi adeguati al numero effettivo dei detenuti. Non è accettabile, alla luce di tale giurisprudenza, che in nome di astratte ideologie si ammetta che esseri umani possano vivere rinchiusi entro dimensioni che, è stato detto brutalmente, ma talora realisticamente, sarebbero inadatte anche ad animali. Le persone, quale che sia la gravità dei delitti commessi, vivono nell'oggi, ora per ora, momento per momento, e non possono attendere una remota palingenesi del sistema punitivo. Il primo dovere degli Stati è pertanto di adeguare gli spazi carcerari di cui dispongono al numero dei detenuti "prodotto" dal loro ordinamento penale. Tale dovere è al tempo stesso indefettibile e indifferibile. Questo imperativo riguarda ovviamente l'Italia. Ed anzi la riguarda più di quasi tutti gli altri Paesi europei, perché l'Italia quanto a tasso di sovraffollamento si trova in una delle peggiori situazioni, come la sentenza Torreggiani si incarica di ricordarci. Non è infatti il tasso di carcerazione, ossia il rapporto numerico popolazione/detenuti, ciò che caratterizza negativamente il nostro Paese, bensì il tasso di sovrappopolazione carceraria, ossia il rapporto tra detenuti e posti carcere..."

"Il nostro Paese si trova oggi in una situazione che può essere descritta così: le sentenze a pene detentive devono essere eseguite perché non eseguirle equivale a negare una delle condizioni essenziali dello "Stato di diritto", e dunque condurrebbe sotto questo profilo a negare i cardini della Convenzione europea. Al tempo stesso, ogni qual volta esegue una sentenza a pena detentiva il nostro Paese è a rischio di commettere un'altra illegalità altrettanto o più grave, essendo contrario alle norme realizzare una pena inumana o degradante..."

Giova ricordare che l'8 gennaio 2013 la seconda sezione della Corte Edu si è pronunciata sui ricorsi riuniti presentati da sette persone che lamentavano le condizioni nelle quali erano state detenute rispettivamente negli istituti penitenziari di Busto Arsizio e di Piacenza. Cinque ricorsi datavano 2009, gli altri due 2010. I ricorrenti denunciavano di aver occupato celle di 9 metri quadrati con altri due detenuti, disponendo quindi di uno spazio personale di 3 metri quadrati, e di altre limitazioni, quali l'accesso all'acqua calda o la mancanza di luce sufficiente a causa della sbarre metalliche apposte alle finestre.

Questa pronuncia ha fatto da apripista ad altre della Corte in merito alle condizioni di vita dei detenuti negli affollati istituti

Commento di Giovanni Tamburino, Capo del Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria del Ministero della Giustizia, nel commentare la recente sentenza-pilota con la quale la Corte Europea per i Diritti dell'Uomo ha condannato l'Italia per violazione dell'art. 3 della Convenzione in relazione alle condizioni di detenzione di sette detenuti, definendo quello del sovraffollamento carcerario in Italia un problema strutturale, si fa carico dell'urgenza di ristabilire condizioni di esecuzione conformi alla legalità e al senso di umanità della pena e della necessità di adeguare le condizioni in carcere all'imperativo categorico" ribadito dalla CEDU del rispetto di una proporzione minima e indefettibile tra numero dei detenuti e spazio vitale di cui essi devono disporre, parametro indicato in 3 mq a persona in cella multipla. Pur se di recente la detenzione domiciliare e l'abbattimento del fenomeno delle porte girevoli, la realizzazione e il recupero di strutture penitenziarie e l'azione coordinata di altri interventi del Dipartimento hanno consentito una certa costante diminuzione dei detenuti, la situazione italiana è caratterizzata negativamente dal tasso di sovrappopolazione carceraria e attualmente le condizioni detentive integrano troppo spesso la violazione dell'art. 3 della Convenzione. Prendendo atto dell'impraticabilità dell'indulto e valutando che l'ipotizzato ricorso alla sospensione dell'esecuzione della pena detentiva provocherebbe profonde disparità, l'Autore ritiene necessaria l'adozione di misure urgenti che non possono essere rappresentate soltanto da leggi di depenalizzazione e di riduzione della durata delle pene detentive, da un minore ricorso all'applicazione della custodia cautelare in carcere e dall'incentivazione delle pene alternative, misure queste imposte ripetutamente dal Consiglio d'Europa. Indica quindi, e suggerisce al legislatore, un percorso concreto, definito "clausola di salvaguardia": l'aumento della misura della liberazione anticipata con conseguente riduzione della durata della pena, misura premiale applicabile a tutti i condannati reclusi sempreché diano prova, nel percorso rieducativo già compiuto, del rispetto delle regole di vita in comune e di comportamenti responsabili orientati al recupero e alla risocializzazione.

In http://www.ristretti.it/commenti/2013/febbraio/pdf5/cedu_tamburino.pdf

penitenziari europei, perché sulla scia di essa altrettante condanne sono state inflitte alla Bulgaria (sez. IV, sent. 27 gennaio 2015, Neshkov e altri c. Bulgaria), al Belgio (sez. II, sent. 25 novembre 2014, Vasilescu c. Belgio) e, all'Ungheria (sez. II, sent. 10 marzo 2015, Varga e altri c. Ungheria)⁷⁸.

Il legislatore, con la legge 67/2014 ha approntato uno strumento deflattivo rispetto al sovraffollamento carcerario dall'ordinamento proprio a seguito alla condanna irrogata dall'Europa, e ha cercato di cambiare le prospettive del processo penale, partendo da una valutazione critica della pena detentiva, promuovendo una attività di rieducazione del reo interna al processo.

“Questo provvedimento si colloca tra le innovazioni normative di carattere strutturale che l'Italia sta mettendo in campo per conformarsi alle prescrizioni della Corte Edu, che ha fissato nella nota sentenza Torreggiani dei tempi di attuazione per porre fine a quella drammatica situazione e questa risposta deve essere data all'Europa entro il 27 maggio prossimo⁷⁹”.

La legge in commento infatti è stata approvata proprio per ottemperare alla prescrizioni imposte all'Italia dalla sentenza dell'8 gennaio 2013. Nel corpo della motivazione della sentenza citata si legge:” la Corte è consapevole della necessità di sforzi conseguenti e sostenuti sul lungo periodo per risolvere il problema strutturale del sovraffollamento carcerario. Tuttavia, essa rammenta che , stante l'inviolabilità dell'art. 3⁸⁰ della

⁷⁸<http://www.penalecontemporaneo.it/area/3-/-/3796->

[l_italia_post_torreggiani_come_modello_nella_sentenza_pilota_della_corte_edu_varga_c_ungheria/](#)

⁷⁹ Esame in commissione del 6 febbraio 2014 della deputata D. Ferranti

⁸⁰ Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (firmata a Roma il 4 novembre 1950. Testo coordinato con gli emendamenti di cui al Protocollo n. 11 firmato a Strasburgo l'11 maggio 1994, entrato in vigore l'1 novembre 1998). Art. 3” Divieto di tortura”: Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani e degradanti.

Convenzione, lo Stato e' tenuto ad organizzare il suo sistema penitenziario in modo che la dignita' dei detenuti sia rispettata (Mamedova c. Russia, n. 7064/05, § 63, 1 giugno 2006)."

La Corte Edu ha sottolineato, inoltre, che quando lo Stato non e' piu' in grado di garantire i diritti di cui all'art. 3 della Convenzione in relazione alla condizione carceraria, la stessa ha il dovere di esortarlo ad adottare misure punitive non privative della liberta' (Norbert Sikorski c. Polonia, n. 17599/05, § 116 del 22 ottobre 2009) oltre alla riduzione al minimo della custodia cautelare in carcere⁸¹.

La Corte ha infatti rilevato che il 40 % dei detenuti italiani si trova in stato di custodia cautelare in carcere in attesa di giudizio.

Tra l'altro, a distanza di poco più di un mese dalla condanna inflitta all'Italia e dall'indicazione di quali percorsi il Paese dovesse seguire per arginare il sovraffollamento cronico che affliggeva il sistema penitenziario, si collocano due ordinanze "gemelle" dei Tribunali di sorveglianza di Venezia e Milano⁸².

Entrambe sollevano la questione di legittimità costituzionale dell'art. 147 c.p. "nella parte in cui non prevede, oltre i casi

⁸¹ Un orientamento "rassicurante" in questo senso viene da un comunicato Ansa del Ministro della Giustizia, On. Orlando: Roma, 15 apr. 2016 (askanews) - "La situazione sul fronte del sovraffollamento delle carceri migliora, continuiamo a tenerla sotto osservazione anche perché i fattori esogeni ne possono rialterare il dato, ma, quello che mi preme sottolineare è che da quando questo governo si e' insediato per ogni ogni quattro detenuti c'era un soggetto sottoposto a esecuzione penale esterna, oggi siamo quasi a un livello di uno a uno". Lo ha detto il ministro della Giustizia, Andrea Orlando, alla presentazione del XII rapporto di Antigone 'Galere d'Italia' sulle condizioni di detenzione, che registra negli ultimi tre mesi l'aumento della popolazione carceraria di 1.331 unità
https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_6_9.wp?previousPage=mg_6_9&contentId=NOL1227965.

⁸² Tribunale di Sorveglianza di Venezia, ordinanza n. 2013/179, 13 febbraio 2013- in http://www.ristretti.it/commenti/2013/febbraio/pdf7/ordinanza_venezia.pdf
Tribunale di Sorveglianza di Milano, ordinanza n. 928 del 2013 - 12 marzo 2013 in <http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1364318439ts%20milano.pdf>.

espressamente contemplati, l'ipotesi di rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena quando essa debba svolgersi in condizioni contrarie al senso di umanità, per violazione degli artt. 27 co. 3, 117 co. 1, 2 e 3 Cost”.

In primis si pronunciano i giudici di Venezia con ordinanza del 13 febbraio e poi quelli di Milano con ordinanza del 12 marzo 2013.

Nello specifico, la prima questione era stata sollevata da un soggetto detenuto nella Casa circondariale di Padova, che aveva presentato al magistrato di sorveglianza un'istanza di differimento della pena in data 10 gennaio 2013 a causa delle condizioni di perenne sovraffollamento in cui versava l'istituto. Egli evidenziava una situazione di detenuti per cella in numero variabile da 9 a 11, tale da influire negativamente sulle sue condizioni psicofisiche e rilevando come l'esecuzione della pena fosse “certamente contraria al senso di umanità e avversa al principio rieducativo della pena ed al rispetto della persona”. Nonostante il detenuto fosse stato nel frattempo trasferito nella Casa di reclusione di Padova, le condizioni di sovraffollamento lamentate permanevano anche in quell'istituto.⁸³

⁸³ Nei giudizi di legittimità costituzionale dell'articolo 147 del codice penale, promossi dal Tribunale di sorveglianza di Venezia con ordinanza del 18 febbraio 2013 e dal Tribunale di sorveglianza di Milano con ordinanza del 18 marzo 2013 la Corte Costituzionale, con sentenza n. 279 del 2013 ha dichiarato inammissibili le questioni di legittimità costituzionale dell'articolo 147 del codice penale, sollevate, in riferimento agli articoli 2, 3, 27, terzo comma, e 117, primo comma, della Costituzione riconoscendo palesemente che “che il sovraffollamento carcerario può nella realtà assumere dimensioni e caratteristiche tali da tradursi in trattamenti contrari al senso di umanità e da rendere al tempo stesso impraticabili i rimedi internidi cui si è parlato (iniziative organizzate dell'Autorità competente).

In questi casi occorre un rimedio estremo, il quale, quando non sia altrimenti possibile mediante le ordinarie misure dell'ordinamento penitenziario, permetta una fuoriuscita del detenuto dal circuito carcerario, eventualmente correlata all'applicazione nei suoi confronti di misure sanzionatorie e di controllo non carcerarie. Oltre al mero rinvio dell'esecuzione della pena, sono, infatti, ipotizzabili altri tipi di rimedi “preventivi”, come, ad esempio, quelli modellati sulle misure previste dagli artt. 47 e seguenti dell'ordinamento penitenziario, ad alcune delle quali si è fatto riferimento nel dibattito seguito alla sentenza Torreggiani; misure che per

Ulteriore finalita' della legge 67/2014, riproposta praticamente ad ogni nuova legislatura⁸⁴, e' anche quella di deflazionare il

ovviare alla situazione di invivibilità derivante dal sovraffollamento carcerario potrebbero essere adottate dal giudice anche in mancanza delle condizioni oggi tipicamente previste. In particolare potrebbe ipotizzarsi un ampio ricorso alla detenzione domiciliare, sempre che le condizioni personali lo consentano, o anche ad altre misure di carattere sanzionatorio e di controllo diverse da quelle attualmente previste, da considerare forme alternative di esecuzione della pena. È da ritenere infatti che lo stesso condannato potrebbe preferire misure del genere e non avere interesse a un rinvio come quello prospettato dai rimettenti, che potrebbe lasciare a lungo aperta la sua vicenda esecutiva.”

I giudici costituzionali cioè, dopo aver osservato che ciò che emerge è un fenomeno che, pur con intensità diverse, sta investendo da tempo il sistema penitenziario italiano e ha ormai determinato una situazione che non può protrarsi – data l'attitudine del sovraffollamento carcerario a pregiudicare i connotati costituzionalmente inderogabili dell'esecuzione penale e ad incidere, comprimendolo, sul “residuo” irriducibile della libertà personale del detenuto – hanno tuttavia, specificato come il sovraffollamento non possa essere contrastato con lo strumento indicato dai rimettenti, che, se pure potesse riuscire a determinare una sensibile diminuzione del numero delle persone reclusi in carcere, giungerebbe a questo risultato in modo casuale, determinando disparità di trattamento tra i detenuti, i quali si vedrebbero o no differire l'esecuzione della pena in mancanza di un criterio idoneo a selezionare chi debba ottenere il rinvio dell'esecuzione fino al raggiungimento del numero dei reclusi compatibile con lo stato delle strutture carcerarie.

Il messaggio dei giudici costituzionali è chiaro: non spetta a questa Corte individuare gli indirizzi di politica criminale idonei a superare il problema strutturale e sistemico del sovraffollamento carcerario, tuttavia, non ci si può esimere dal ricordare le indicazioni offerte al riguardo dalla citata sentenza Torreggiani, laddove richiama le raccomandazioni del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, che invitano al più ampio ricorso possibile alle misure alternative alla detenzione e al riorientamento della politica penale verso il minimo ricorso alla carcerazione, oltre che a una forte riduzione della custodia cautelare in carcere. Nel dichiarare l'inammissibilità delle questioni sollevate (inammissibili per la pluralità di soluzioni normative che potrebbero essere adottate oltre che per l'assenza di criteri in base ai quali individuare il detenuto o i detenuti nei cui confronti il rinvio può essere disposto) la Corte conclude ricordando come non sarebbe tollerabile l'eccessivo protrarsi dell'inerzia legislativa in ordine al grave problema del sovraffollamento carcerario.

In <http://www.giurisprudenzapenale.com/2013/11/26/la-corte-costituzionale-tema-di-sovrappollamento-carcerario-c-cost-279201/>

⁸⁴ La proposta di introdurre nell'ordinamento la messa alla prova dell'imputato adulto, modellata sull'archetipo della messa alla prova minorile, era già presente nel d.d.l. Mastella n. 2664 del 2007 del Governo Prodi II, diretto all'accelerazione e razionalizzazione del processo penale, sebbene limitata ai reati la cui pena massima edittale non superasse i due anni. Successivamente l'istituto è stato ripresentato dal Governo Berlusconi IV con il d.d.l. n. 3291 del 2010, dal Governo Monti, con il d.d.l. n. 5019 del 2012 e dal Governo Letta con il d.d.l. 5019 bis del 2013, laddove la sospensione del procedimento con messa alla prova era indicata, nell'art. 3, come oggetto di una delega parlamentare al governo, da attuarsi con impatto

carico dei dibattimenti pendenti e (conseguentemente) di diminuire il flusso carcerario “in entrata”, prevedendo definizioni processuali alternative alla sentenza di condanna, che siano adeguate e proporzionate alla commissione dei fatti.

“ E’ evidente che lo scopo di questo istituto e’ quello di offrire agli imputati un percorso di reinserimento attivo ed alternativo, e di alleggerire l’attuale carico dei procedimenti pendenti avanti tutti i tribunali italiani, atteso che l’esito positivo della prova estingue il reato⁸⁵”.

L’art. 168 *bis* c.p., così’ come introdotto dalla legge *de qua* prevede infatti che sia l’imputato ad attivarsi, chiedendo la sospensione del procedimento con messa alla prova: nei procedimenti concernenti reati puniti con la sola pena pecuniaria; nei procedimenti per reati puniti con pena detentiva fino a 4 anni (sola, congiunta o alternativa alla pena pecuniaria); nei procedimenti per i quali e’ prevista la citazione diretta a giudizio ai sensi dell’art. 550 c.p. ovvero in quelli per violenza o minaccia a pubblico ufficiale (art. 336 c.p.), resistenza a un pubblico ufficiale (art. 337 c.p.), oltraggio a un magistrato in udienza aggravato (art. 343, comma 2°, c.p.), violazione di sigilli aggravata (art. 349, comma 2°, c.p.), rissa aggravata (art. 588, comma 2°, c.p.), con esclusione delle ipotesi in cui nella rissa taluno sia rimasto ucciso o abbia riportato lesioni gravi o

circoscritto al codice di procedura penale e nel rispetto dei principi e criteri direttivi. Era, altresì, prevista nel progetto di riforma del codice penale elaborato dalla Commissione Pisapia e riguardava i reati puniti con pena diversa dalla detentiva o con pena detentiva non superiore a tre anni. L’art. 42 del progetto contemplava l’esito positivo della messa alla prova quale causa di estinzione del reato, mentre l’art. 44 dettava i principi che il legislatore delegato avrebbe dovuto osservare nella fissazione dei presupposti.

Giuseppe Tabasco “La sospensione del procedimento con messa alla prova degli imputati adulti” in Archivio penale 2015 n. 1.

⁸⁵ Intervento deputata S. Amoddio, 25 giugno 2013 in www.camera.it

gravissime, furto aggravato (art. 625 c.p.), e ricettazione (art. 648 c.p.).

2.3 I limiti oggettivi e soggettivi di ammissibilit .

Il requisito oggettivo : l'art. 168 bis c.p.

L'art. 3 della legge ha introdotto nel codice penale l'art. 168 *bis* che espressamente prevede che l'imputato possa chiedere la sospensione del procedimento con messa alla prova se questo ha ad oggetto reati puniti con la sola pena pecuniaria ovvero per reati puniti con pena detentiva (sola o congiunta o alternativa a pena pecuniaria) non superiore nel massimo a quattro anni nonch  per i delitti di cui all'art. 550, 2  c. c.p.p., anche se puniti con pena detentiva superiore ai quattro anni.

La problematica della individuazione dei criteri di calcolo per la pena edittale nasce, tra l'altro, dalla necessit  di risolvere il contrasto giurisprudenziale relativo all'interpretazione del primo comma dell'articolo 168 *bis* c.p. che subordina la possibilit  per l'imputato di chiedere la sospensione del processo con messa alla prova al ricorrere di requisiti quantitativi (il procedimento deve riguardare reati che siano puniti con la sola pena edittale pecuniaria o con la pena edittale detentiva non superiore nel massimo a quattro anni, sola, congiunta o alternativa alla pena pecuniaria) o qualitativi (per i delitti indicati dal comma 2 dell'articolo 550 del codice di procedura penale).

Sul significato della previsione non v'  uniformit  nelle decisioni dei giudici di legittimit  e nemmeno in dottrina: "in relazione ai criteri di calcolo della pena edittale le sentenze nelle quali si sostiene che nel computo si debba tenere conto anche della concreta rilevanza che nella ipotesi di specie possano assumere

le circostanze speciali, si contrappongono a quelle in cui dette circostanze sono, al contrario, considerate del tutto ininfluenti. La prima posizione trova espressione in due decisioni della sesta sezione: la n. 46795 del 06/10/2015 e la n. 36687 del 30/06/2015 (dep. 10/09/2015); in esse si chiarisce che quando si procede per reati diversi da quelli nominativamente individuati per effetto del combinato disposto dagli artt. 168 *bis*, comma 1, c. p. e 550, comma 2, c. p. p., il limite edittale, al cui superamento consegue l'inapplicabilità dell'istituto, si determina tenendo conto delle aggravanti per le quali la legge prevede una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato e di quelle ad effetto speciale. Ad avviso di questa parte della giurisprudenza⁸⁶ la soluzione s'impone per due prevalenti ordini di ragioni: perché il rinvio operato dall'art. 168 *bis*, comma 1, c. p. all'art. 550, comma 2, c.p.p. – che risponde alla finalità di rendere applicabile la messa alla prova a tutti quei reati per i quali si procede con citazione diretta a giudizio dinanzi al giudice in composizione monocratica – impone che la pena edittale sia computata seguendo il criterio contenuto nell'articolo 4 c.p.p., cui fa riferimento proprio l'articolo 550 c.p.p., e perché una tale interpretazione appare maggiormente sistematica rispetto agli altri istituti che, pur esprimendosi nel senso di tener conto della pena stabilita dalla legge per il reato per il quale si procede, riconducono a unità il sistema con norme volte a stabilire i criteri di determinazione della pena, quali quelle previste dagli artt. 4, 278, 379 e 550 del codice di procedura penale.

⁸⁶ Maria Cristina Amoroso Vd. nota n. 6 in Il regime dell'impugnazione delle ordinanze decisorie sull'istanza di messa alla prova in www.dirittopenalecontemporaneo.it

Il diverso orientamento trova espressione nelle decisioni di altre Sezioni della Suprema Corte Sez. 2, n. 33461, 14/07/2015 (dep. 29/07/2015); Sez. 4, n. 32787 del 10/07/2015 (dep. 27/07/2015); Sez. 6, n. 6483 del 09/12/2014 (dep. 13/02/2015). L'interpretazione data in queste pronunce si fonda sull'inequivoco dato testuale dell'articolo 168 *bis* c.p. che, a differenza di altre ipotesi in cui il legislatore ha voluto dare esplicitamente rilievo alle circostanze speciali ed ad effetto speciale (l'articolo 4 c.p.p., l'art. 157 c.p., l'art. 278 c.p.p., e l'art. 131 *bis* c.p., introdotto dal D.Lgs. 16 marzo 2015, n. 28, art. 1) difetta di tali specifici richiami. L'ordinanza della Seconda Sezione della Corte (Cass., Sez. II, ord. 23 febbraio 2016 dep. 26 febbraio 2016, n. 8014) ha rimesso la questione alle Sezioni unite che, in base alla comunicazione provvisoria fornita dalla Corte, in data 31.3.2016, hanno stabilito l'irrilevanza, ai fini del calcolo della pena edittale delle circostanze speciali o ad effetto speciale⁸⁷.

Questo limite oggettivo della pena per cui e' possibile richiedere la messa alla prova potrebbe far ipotizzare che la messa alla prova non venga utilizzata in quanto, per la tipologia dei reati per cui si puo' accedere al beneficio, l'imputato potrebbe richiedere la sospensione condizionale della pena o l'applicazione della pena su richiesta delle parti *ex art.* 444 c.p.p.,

L'imputato potra' , comunque, scegliere i benefici del *probation*, al cui esito positivo consegue l'estinzione del reato, per evitare le conseguenze che potrebbero derivare da una sentenza di condanna o di applicazione della pena su richiesta⁸⁸.

⁸⁷ Vd. nota n. 86.

⁸⁸ F. Vigano', Sulla proposta legislativa in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova, in Riv. It. Dir. proc. pen. , 2013 p. 1300.

La norma parla di reati e di pena detentiva, senza riferimento al genere: l'istituto è quindi applicabile sia a delitti che a contravvenzioni, purché nei limiti di quattro anni.

Per quanto attiene alla determinazione dei limiti edittali la norma non contiene riferimenti al computo di tali limiti: non è chiarito infatti se la contestazione di aggravanti o di più reati in continuazione tra loro incida negativamente sulla ammissibilità della messa alla prova.

Tuttavia l'esigenza di ampliare l'accessibilità al nuovo istituto rende preferibile l'opinione di chi ritiene rilevante solo la pena prevista per la fattispecie base e per il reato più grave tra quelli contestati.⁸⁹

Non sembra esserci preclusione (ed infatti la normativa non la prevede), se il richiedente sia afflitto da misura cautelare personale, nonostante che, per lo svolgimento del programma, è fondamentale che l'imputato sia libero: la permanenza di esigenze cautelari, infatti, oltre che rendere materialmente difficile l'effettuazione del lavoro di pubblica utilità, andrebbe in netto contrasto con la funzione risocializzante che sta alla base della concessione della sospensione con messa alla prova. Tra l'altro, già nel processo minorile era presente l'incompatibilità tra misure cautelari e messa alla prova.

Inoltre, è necessaria da parte del giudice una prognosi favorevole in ordine al fatto che l'imputato si asterrà dalla commissione di ulteriori reati e questo evidentemente risulta incompatibile con le esigenze cautelari necessarie per il mantenimento della misura stessa⁹⁰.

⁸⁹ G. Zaccaro, La messa alla prova per adulti. Prime considerazioni. www.questionegiustizia.it pag. 9.

⁹⁰ G. Zaccaro, Messa alla prova per gli adulti, Prime considerazioni in www.magistraturademocratica.it, pag. 10.

L'art. 6 della legge prevede una modifica specifica dell'art. 3 d.p.R. 14 novembre 2002, n. 313, includendo, nella serie dei provvedimenti iscrivibili per estratto nel casellario giudiziale anche l'ordinanza che, ai sensi dell'art. 464 *quater* c.p.p., dispone la sospensione del procedimento con messa alla prova. Si possono però ipotizzare situazioni per cui allo stesso soggetto vengano contestati, nell'ambito dello stesso procedimento, più reati per i quali la messa alla prova è ammessa astrattamente, oppure con riferimento al caso in cui siano pendenti, contemporaneamente, più procedimenti a carico di un soggetto dinanzi a giudici diversi.

La norma non offre risposte a tali quesiti, tuttavia appare ragionevole ritenere, nella prima ipotesi, che la messa alla prova possa essere disposta nei confronti dell'imputato con riferimento a tutti i reati per cui si procede nel medesimo provvedimento, ferma restando la necessità di un eventuale stralcio dal procedimento dei titoli di reato connessi per i quali la messa alla prova non sia ammissibile: quanto al secondo caso, profili di criticità possono emergere avuto riguardo alla circostanza che un'interpretazione formale della norma precluderebbe l'accesso dell'imputato alla messa alla prova a causa di mere circostanze processuali, come ad esempio diversi episodi di reato denunciati con notizie di reato diverse, cui conseguano distinti procedimenti penali riconducibili ad un disegno unitario.

Tali aspetti critici sono, verosimilmente, destinati a trovare soluzione con riferimento alla competenza per connessione, disciplinata dagli artt. 12 ss c.p.p.

Un altro limite oggettivo è costituito dal precedente ricorso alla messa in prova. Si osserva quindi una importante differenza con

la messa in prova relativa al processo minorile, dove essa e' concedibile piu' di una volta⁹¹.

Il legislatore della legge 67/2014 infatti ha sostenuto la non ripetibilita' della messa alla prova per gli imputati adulti sia che essa si sia conclusa positivamente che negativamente.

Il legislatore ha infatti ritenuto che la personalita' dell'adulto sia gia' strutturata, mentre quella del minore sia in divenire: per il processo del minore si parla infatti di processo della personalita', mentre per gli adulti si parla di processo del fatto⁹².

Il giudizio di idoneita' non e' rapportato alla possibilita' di evoluzione in positivo dell'imputato, piuttosto e' interessato ai profili retributivi e riparativi che costituiscono l'essenza del programma stesso, cioe' alla necessita' di fronteggiare la pericolosita' dell'imputato attraverso la stessa prova⁹³, piu' che sulle possibilita' di concreta realizzazione di un processo rieducativo e risocializzante, che resta affidato al solo lavoro di pubblica utilita'.

⁹¹ Il limite alla concessione della misura e' stato inserito nell'ambito degli emendamenti apportati dal Senato al testo approvato in prima lettura dalla Camera dei Deputati, che invece ammetteva la possibilita' di godere per due volte della sospensione, a meno che la precedente esperienza non fosse correlata ad un reato della stessa indole.

Peraltro se in generale appare comprensibile negare l'accesso alla messa alla prova in tutte le ipotesi di delinquenza " qualificata", cui viene evidentemente annessa una valutazione legale di pericolosita' sociale incompatibile con la misura, perplessita' derivano dall'aver ricompreso tra le condizioni ostative anche "l'abitualita' ritenuta dal giudice " ex art. 103 c.p. : l'accesso alla misura risulta, infatti, inibito anche qualora la relativa declaratoria sia risalente nel tempo, e possa per tale motivo non corrispondere piu' a una pericolosita' soggettiva, concreta ed attuale. V., in tal senso F. Fiorentin Una sola volta in "La deflazione giudiziaria: Messa alla prova degli adulti e proscioglimento" a cura di Nicola Triggiani p. 71 ss.

⁹² A. Pennisi (a cura di), La giustizia penale minorile: formazione, devianza, diritto e processo, Milano, Giuffrè editore, 2004, p. 92

⁹³ R. Bartoli, La sospensione del procedimento con messa alla prova: una goccia deflattiva nel mare del sovraffollamento? In Dir. pen. Proc. 2014 p. 688, precisa che il giudice dovra' valutare non se il soggetto si asterra' per sempre dal commettere nuovi reati ma se tale astensione si verifichera' durante la prova.

Questa interpretazione puo', in un certo senso, giustificare la apparente deroga al principio di presunzione di non colpevolezza contenuto nell'art. 27, comma 2° Cost.: la forte impronta rieducativa dell'istituto e' perseguita attraverso la creazione di un programma sanzionatorio e di recupero che pone al centro il reo e tiene conto delle sue condizioni personali, familiari, lavorative. Si tratta di un programma personalizzato che consente una maggiore efficacia non solo in termini "riabilitativi" ma anche sanzionatori.

Infatti anche gli interessi della persona offesa trovano spazio, anche in ragione del ruolo che la vittima gioca in sede di valutazione dell'esito della messa alla prova, oppure in sede di revoca della misura stessa⁹⁴.

Requisiti soggettivi:

L'art. 168 *bis* comma 5° c.p. dispone che la sospensione del procedimento con messa alla prova non si applichi nei casi previsti dagli artt. 102, 103, 104, 105, 108 c.p., che riguardano i soggetti che siano stati dichiarati delinquente o contravventore abituale o professionale o per tendenza.

Anche sotto questo profilo l'istituto si distingue in modo netto dalla messa alla prova per i minori, che non conosce limitazioni oggettive, come pure non prevede preclusioni di carattere soggettivo.

Appare invece evidente la simmetria rispetto alla disciplina di cui all'art. 444, comma 1-*bis* c.p.p., che annovera tra i soggetti esclusi dal patteggiamento anche i recidivi ai sensi dell'art. 99 comma 4° c.p., inclusione che la giurisprudenza di legittimità ha

⁹⁴ F. Vigano', Sulla proposta legislative in tema di sospensione del procedimento con messa alla, in Riv. it. dir. proc. pen., 2013, pp. 1300-1306.

ritenuto ostativa in concreto “ solo nell’ipotesi in cui questa sia ritenuta applicabile dal giudice⁹⁵”, laddove nella messa alla prova non e’ neppure astrattamente preclusa per costoro.

Infatti nella disciplina della messa alla prova non viene richiamata la figura del recidivo e del recidivo reiterato. Ciò induce a ritenere che il beneficio possa essere concesso anche a soggetti che siano stati già condannati⁹⁶ allineandosi così la legge 67/2014 alla normativa introdotta dal d.l. 1 luglio 2013, n. 78, conv., con modif., in l. 9 agosto 2013, n. 94 (c. d. decreto svuota carceri), la quale, tra le novità più significative, annovera proprio l’eliminazione parziale di quegli “automatismi carcerari” che impedivano, o rendevano particolarmente difficile, l’accesso ai benefici penitenziari ed alle misure alternative alla detenzione, ai condannati cui era stata applicata la circostanza della recidiva reiterata.

Nella legge in oggetto, il giudizio prognostico dovrà tenere conto del comportamento tenuto dall’imputato in epoca anteriore alla commissione del fatto o comunque antecedente al contesto processuale, valutando la complessiva personalità dello stesso.

Sembra ragionevole ritenere che l’eventuale recidiva del soggetto rilevi ai fini della valutazione prognostica e, anche se in assenza

⁹⁵ Cass., Sez. Un. , 5 ottobre 2010, n. 35738 in Proc. pen. Giust. 2011n.1, p. 34 ss, con nota di A. Diddi Contestazione della recidiva reiterata e patteggiamento “allargato”.

⁹⁶ Osserva Bartoli La sospensione del procedimento con messa alla prova: una goccia deflattiva nel mare del sovraffollamento?, in Dir. pen. proc., 2014, pag. 668, “che non è da escludere che l’istituto trovi applicazione anche rispetto a colui che è già stato condannato in precedenza, rischi o meno il carcere. In tal caso, secondo l’Autore, «dipende tutto da come opererà il giudizio di prognosi di non recidiva: se in termini rigorosi, si dovrebbe tendere all’esclusione dell’applicazione; se in termini flessibili, invece, si dovrebbe tendere alla concessione». Tuttavia, nell’ipotesi di imputato già condannato, è plausibile che la messa alla prova trovi applicazione soltanto nel caso in cui vi siano buone ragioni di ritenere che si rischi il carcere. Ne consegue che «al fine di estendere l’ambito applicativo dell’istituto, con ogni probabilità si adotterà un giudizio di prognosi molto flessibile per permettere la concessione anche a chi ha riportato una condanna sospesa [...]». Di tal guisa la disposizione contribuisce a rendere il sistema ancora più irrazionale sotto il profilo della progressività trattamentale.

di una preclusione assoluta *ex lege* (come invece prevista con riferimento ai delinquenti e contravventori abituali professionali o per tendenza), determina la necessita' di una piu' approfondita valutazione da parte del giudice, che debba quindi fornire specifica motivazione.

E' stata dunque recepita l'impostazione secondo cui un sistema penale rispondente ai principi di ragionevolezza, proporzione, personalizzazione e funzione rieducativa della risposta sanzionatoria non puo' privare il giudice del potere di riconsiderare se la ricaduta nel reato costituisca indice di particolare disvalore della condotta, di indifferenza dell'autore alla memoria delle condanne precedenti, di specifica inclinazione a delinquere dell'agente oppure di una accidentale interruzione del percorso di riabilitazione .

La norma consente di ritenere che la legge attribuisca al giudice di valutare ogni elemento utile.

Interpretando diversamente la norma stessa infatti, la messa alla prova sarebbe caratterizzata da una dimensione prettamente sanzionatoria, in contrasto col principio generale per cui ogni sanzione presuppone una condanna e con la previsione per cui l'esito positivo della prova da' luogo ad una causa di estinzione del reato.

Se si riconosce al giudice di proiettare la valutazione prognostica per il futuro si riconosce la potenziale efficacia della prova stessa, in considerazione delle prestazioni riparatorie e risarcitorie che essa comporta e della prestazione del lavoro di pubblica utilita'.

Un ulteriore requisito e' quello previsto espressamente dall'art. 464 *quater* comma 3° c.p.p., cioe' che il giudice possa formulare, nei confronti dell'imputato, un giudizio prognostico favorevole.

La prognosi di non pericolosità viene effettuata *ex ante*⁹⁷ sulla base di frammentari elementi di valutazione della personalità dell'imputato, attesa l'applicazione molto anticipata dell'istituto. Questo requisito risulta conforme sia alla finalità che l'istituto stesso si prefigge, collocabile nel più vasto contesto di *probation*, sia alla disciplina delle condizioni previste dagli emendamenti apportati dal Senato che importano sia una episodica connotazione del fatto nella vita dell'imputato, sia la circostanza che la sospensione del procedimento con messa alla prova non possa essere concessa più di una volta⁹⁸.

Tra i requisiti non previsti dall'art. 168 *bis* 2° c. c.p. (similmente al *probation* minorile) non figura la confessione, anche in considerazione del fatto che averla introdotta, come presupposto del *probation*, avrebbe reso l'istituto incompatibile con la

⁹⁷ In tali termini Caprioli, Due iniziative di riforma nel segno della deflazione: la sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato maggiorenne e l'archiviazione per particolare tenuità del fatto : in Cass. pen., 2012, p. 7: l'Autore osserva che la valutazione *ex ante* della prognosi di pericolosità rischia di «favorire un ricorso pressoché indiscriminato al meccanismo di *probation*, secondo dinamiche assimilabili a quelle che hanno condotto alla degenerazione applicativa del beneficio della sospensione condizionale ». Sul punto cfr., anche, Martini, La sospensione del processo con messa alla prova. Un nuovo protagonista per una politica criminale già vista, in Dir. pen. proc., 2008, 241 ss., per il quale la difficoltà del giudizio è gravata dal fatto che esso deve essere formulato per il futuro che «è terribilmente incerto e sicuramente protratto in un tempo lontano»; nonché, Marandola, La messa alla prova dell'imputato adulto: ombre e luci di un nuovo rito speciale per una diversa politica criminale, cit., 682, per la quale la difficoltà del giudizio è aggravata anche dalla celerità dei tempi.

⁹⁸ Il limite alla concessione della misura è stato inserito nell'ambito degli emendamenti apportati dal Senato al testo approvato in prima lettura dalla Camera, che invece ammetteva la possibilità di godere per due volte della sospensione, a meno che la precedente esperienza non fosse correlata ad un reato della stessa indole. Peraltro se in generale appare comprensibile negare l'accesso alla messa alla prova in tutte le ipotesi di delinquenza "qualificata", cui viene evidentemente annessa una valutazione legale di pericolosità sociale incompatibile con la misura, perplessità derivano dall'aver ricompreso tra le condizioni ostative anche "l'abitualità" ritenuta dal giudice" *ex art.* 103 c.p.: l'accesso alla misura risulta, infatti, inibito anche qualora la relativa declaratoria sia risalente nel tempo, e possa per tale motivo non corrispondere più ad una pericolosità soggettiva, concreta ed attuale. V. in tale senso F. Fiorentin, una sola volta nella storia giudiziaria del condannato, in Guida Dir. 2014, n. 21, p. 70 ss.

presunzione di non colpevolezza *ex art. 27, c. 2° Cost.*, invertendo l'onere della prova, gravante sul pubblico ministero.⁹⁹

In piu', secondo una parte della dottrina, ¹⁰⁰il delitto riparato non comporta un necessario pentimento, dal momento che nessun giudice e' ammesso ad accertare un pentimento, ma una solidarieta', un condono, una riparazione.

Allo Stato spetta al massimo la remissione, non un sindacato remissorio. Le forme di mediazione e di conciliazione piu' autentiche, infatti, sono extraprocessuali, verificabili solo nell'esito formale di atti e prestazioni. Dunque, lo Stato deve promuovere la riparazione senza pretendere "verifiche interiori"¹⁰¹.

La prassi applicativa che si e' tuttavia instaurata in molti tribunali per i minorenni va in direzione opposta, e anche la Corte di Cassazione ha affermato che l'ammissione, anche parziale, dell'addebito da parte del minore rappresenta " un elemento sintomatico da cui desumere il ravvedimento, necessario per formulare un giudizio prognostico positivo sulla sua rieducazione e sull'evoluzione della personalita' verso un costruttivo reinserimento sociale"¹⁰².

Invece la prestazione del consenso del condannato alla prestazione di lavoro di pubblica utilita' e' requisito

⁹⁹ La dottrina e' sul punto concorde: v., tra gli altri, C. Cesari, sub Art. 28 in G. Giostra (a cura di), *il processo penale minorile*, cit. p. 349. In giurisprudenza, v. Trib. min Genova, 16 dicembre 1992, M.B. ("La sospensione del processo e messa alla prova non e' incompatibile con la mancanza di confessione dell'imputato").

¹⁰⁰ Giustizia riparativa Ricostruire legami, ricostruire persone a cura di Grazia Mannozi Mulino, I saggi. 2015 pag. 149 ss

¹⁰¹ Vedi nota precedente pag. 150

¹⁰² Cass., Sez. III, 6 giugno 2008, n. 27754, in pr.g. in c. P. in CED Cass., n. 240825. In senso difforme in dottrina v. Bouchard, voce *Processo minorile* in Dig. Disc. Pen. Volume X Utet, 1995, p. 153 il quale ha sostenuto l'abnormita' dell'istituto della messa alla prova se si costringesse l'imputato ad assumere obblighi comportamentali correlati ad un reato in relazione al quale lo stesso si protesta innocente.

imprescindibile, e, se così non fosse, una norma siffatta potrebbe essere valutata anche sotto il profilo della sua compatibilità con il divieto di lavoro forzato stabilito dall'art. 4 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

Ed infatti nelle previgenti previsioni in materia di lavoro di pubblica utilità emerge come il legislatore si sia costantemente orientato nel senso di subordinare l'applicabilità di questa tipologia di sanzione al consenso, implicito o esplicito, della persona interessata¹⁰³.

Il citato articolo 4 della Convenzione, al paragrafo 2, stabilisce che nessuno può essere costretto a compiere un lavoro forzato ed obbligatorio", mentre il successivo paragrafo 3 prevede che "non è considerato lavoro forzato od obbligatorio ai sensi del presente articolo: a) il lavoro normalmente richiesto ad una persona detenuta alle condizioni previste dall'art. 5 della presente convenzione o durante il periodo di libertà condizionale; b)...d) omissis.

¹⁰³ Richiedono, infatti, il consenso dell'interessato per il lavoro di pubblica utilità a) l'art. 54 del D' Lgs. 28 agosto 2000, n. 274, in materia di competenza penale del giudice di pace; b) l'art. 165 c.p., in tema di sospensione condizionale; c) l'art. 73, comma 5-bis e comma 5-ter, DPR 9 ottobre 1990 n. 309, in materia di stupefacenti; d) gli artt. 186 e 187, D. Lgs 30 aprile 1992, n. 285 in tema di guida in stato di ebbrezza e sotto l'influenza di sostanze stupefacenti.

CAPITOLO III

ATTIVAZIONE DEL RITO DELLA MESSA ALLA PROVA ALLA LUCE DELLA LEGGE 67/2014.

- 3.1 La richiesta da parte dell'imputato.
- 3.2 La richiesta nel corso delle indagini preliminari.
- 3.3 Termine entro il quale presentare la richiesta.
- 3.4 I contenuti della messa alla prova.
 - 3.4.1. I contenuti della richiesta: il programma di trattamento.
 - 3.4.2. La prestazione di lavoro di pubblica utilità'.
 - 3.4.3. La decisione del giudice sulla richiesta: la disciplina prevista ex art. 129 c.p.p., richiesta parziale di messa alla prova ed incompatibilità' del giudice.

3.1 LA RICHIESTA DA PARTE DELL'IMPUTATO.

Ex art. 464 bis c.p.p., la richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova può essere avanzata al giudice dell'udienza preliminare ed al giudice del dibattimento, ma può essere formulata, naturalmente innanzi al g.i.p., anche durante la fase delle indagini preliminari, prima ancora che venga esercitata l'azione penale (in questo caso la relativa disciplina è contenuta nell'art. 464 *ter* c.p.p.):

L'istanza inoltre può essere presentata negli stessi termini previsti per l'applicazione della pena su richiesta e il giudizio abbreviato, ossia nell'udienza preliminare fino alla formulazione delle conclusioni ex artt. 421 e 422 c.p.p.: se si procede con rito direttissimo e nel procedimento con citazione diretta a giudizio

fino alla dichiarazione di apertura del dibattimento¹⁰⁴; nel giudizio immediato entro 15 giorni dalla notifica del relativo decreto.

Nel procedimento per decreto la richiesta è presentata con l'atto di opposizione “ e quindi con il medesimo atto con il quale, ai sensi dell'art. 461, comma 3°, c.p.p., l'imputato può formulare la richiesta di giudizio immediato, ovvero di rito alternativo premiale. Questa simmetria, voluta dal legislatore evidentemente al fine di limitare dispendi processuali, pone il problema di valutare la eventuale compatibilità della richiesta di sospensione del processo con messa alla prova con la contestuale richiesta di rito alternativo, evidentemente subordinata all'esito positivo della prova¹⁰⁵”.

Si può verificare l'ipotesi della richiesta avanzata da un imputato sottoposto a misura cautelare, anche se la legge non la prevede espressamente: alcuni autori¹⁰⁶ ritengono che l'eventuale applicazione della misura cautelare sia una causa ostativa all'ammissione della prova, specie se il giudizio prognostico richiesto al giudice non debba limitarsi al momento del fatto ma con riferimento alla potenziale evoluzione della personalità del soggetto.

All'art. 464 *bis* c.p.p. il legislatore ha previsto che essa venga proposta oralmente o per scritto (con sottoscrizione autenticata quindi da un notaio, da altra persona autorizzata o dal difensore *ex art. 583, 3° c. c.p.p.*) dall'imputato personalmente o dal difensore munito di procura speciale e che essa, a norma dell'art.

¹⁰⁴ V. Bove, Messa alla prova per gli adulti: una prima lettura della L. 67/14 in <http://www.penalecontemporaneo.it/> pag. 9

¹⁰⁵ M.S. Calabretta e A. Mari La sospensione del procedimento (l. 28 aprile 2014, n. 67) Officina del diritto IL PENALISTA Giuffrè Editore, pag. 24

¹⁰⁶ M.S. Calabretta e A. Mari, cit., pag. 25

464 *quater* c°9 c.p.p., possa essere riproposta, nel giudizio una sola volta.

Sono recentemente intervenute, a tale proposito, le Sezioni Unite della Corte Suprema della Cassazione (Cass., Sez. Un., c.c. 31 marzo 2016, Pres. Canzio, Rel. Fidelbo, Ric. Sorcinelli (informazione provvisoria) che hanno affrontato le seguenti questioni:

«1. Se l'ordinanza con cui il giudice dell'udienza preliminare rigetta la richiesta dell'imputato di ammissione al procedimento con messa alla prova sia autonomamente ricorribile per cassazione ovvero sia impugnabile solo congiuntamente alla sentenza a norma dell'art. 586 cod. proc. pen.

2. Se, ai fini della individuazione dei reati per i quali è ammessa la sospensione del procedimento con messa alla prova, debba tenersi conto, per la determinazione del limite edittale fissato dall'art. 168-bis, primo comma, cod. pen., delle circostanze aggravanti per le quali la legge prevede una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato e di quelle ad effetto speciale.»

Secondo l'informazione provvisoria diffusa dalla Suprema Corte, ai quesiti sono state date le seguenti risposte:

Quanto al primo, si è stabilito che « l'ordinanza non è immediatamente impugnabile, in quanto la richiesta può essere riproposta nel giudizio, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento, sicché il ricorso immediato e autonomo per cassazione avverso l'ordinanza è inammissibile; nel caso in cui anche la richiesta riproposta sia rigettata, la relativa ordinanza è impugnabile solo congiuntamente alla sentenza ».

Quanto al secondo quesito: « ai fini della individuazione dei reati - non ricompresi nel comma 2 dell'art. 550 cod. proc. pen. - per i quali è ammessa la sospensione del procedimento con messa alla prova, occorre avere riguardo esclusivamente alla pena edittale massima prevista per la fattispecie base, prescindendo dalla contestazione delle circostanze aggravanti, ivi comprese quelle per le quali la legge prevede una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato e di quelle ad effetto speciale¹⁰⁷ ».

Sempre ai sensi dell'art. 464 *bis* c.p.p., ma al secondo comma, il giudice può verificare la volontarietà della richiesta, disponendo la comparizione dell'imputato.

Anche da questo punto di vista si riscontra una differenza con la disciplina della messa alla prova minorile, che viene disposta dal giudice, sentite le parti.

Nel processo a carico degli adulti emerge, quindi, la natura consensuale del provvedimento, (come avviene nel patteggiamento e nel giudizio abbreviato), e l'implicita rinuncia al contraddittorio nella formazione della prova (art. 111, comma 5° Cost.).

Il consenso dell'imputato, come anticipato, è imprescindibile, proprio in ragione del fatto che la messa alla prova prevede, per la sua concreta attuazione, l'adempimento di prestazioni di *facere*, come quelle del lavoro di pubblica utilità'.

La manifestazione di volontà dell'imputato deve riguardare diritti disponibili e deve avere come limite naturale l'inviolabilità della libertà personale, della dignità della persona umana e

¹⁰⁷ [http://www.penalecontemporaneo.it/novita legislative e giurisprudenziali/4-4606-le sezioni unite sul sindacato dell_ordinanza di rigetto della richiesta di messa alla prova deliberata in sede di udienza preliminare/](http://www.penalecontemporaneo.it/novita_legislative_e_giurisprudenziali/4-4606-le_sezioni unite sul sindacato dell_ordinanza di rigetto della richiesta di messa alla prova deliberata in sede di udienza preliminare/)

quindi della libertà morale della stessa, garantendo la sua capacità di autodeterminazione. Inoltre la volontà dell'imputato non dev'essere in alcun modo forzata neppure indirettamente e vi deve perciò essere proporzione tra la gravità del fatto commesso e la natura delle prestazioni oggetto della misura alternativa richiesta, e questo spiega la necessità della verifica della volontarietà'.

All'istanza di messa alla prova occorre allegare un programma di trattamento che l'imputato elabora d'intesa con l'Ufficio locale di esecuzione penale (in seguito U.E.P.E.), oppure la richiesta dell'imputato di elaborazione del programma stesso nel caso non sia stato possibile elaborarlo.

Gli Uffici di esecuzione penale esterna (U.E.P.E.) sono articolazioni territoriali ed operative dell'Amministrazione penitenziaria.

Il principale campo di intervento ad essi attribuito è quello relativo all'esecuzione delle sanzioni penali non detentive e delle misure alternative alla detenzione; a tal fine, elaborano e propongono alla magistratura il programma di trattamento da applicare e ne verificano la corretta esecuzione da parte degli ammessi a tali sanzioni e misure¹⁰⁸.

¹⁰⁸ I compiti ad essi attribuiti sono indicati dall'articolo 72 della legge 26 luglio 1975 n. 354 e dalle altre leggi in materia di esecuzione penale e si esplicano in quattro aree di intervento: 1) attività di aiuto e controllo delle persone sottoposte alla messa alla prova e all'affidamento in prova al servizio sociale e di sostegno dei detenuti domiciliari; 2) esecuzione del lavoro di pubblica utilità e delle sanzioni sostitutive della detenzione; 3) attività di indagine sulla situazione individuale e socio-familiare nei confronti dei soggetti che chiedono di essere ammessi alle misure alternative alla detenzione e alla messa alla prova; su richiesta della magistratura di sorveglianza, le inchieste al fine dell'applicazione, modifica, proroga o revoca delle misure di sicurezza; 4) attività di consulenza agli istituti penitenziari per favorire il buon esito del trattamento penitenziario.

Nello svolgimento della loro attività, gli U.E.P.E. operano secondo una logica di intervento di prossimità e di presenza nel territorio, a supporto delle comunità locali e in stretta sinergia con gli enti locali, le associazioni di volontariato, le cooperative sociali e le altre agenzie pubbliche e del privato sociale presenti nel territorio, per realizzare l'azione di reinserimento ed inclusione sociale; con le forze di polizia, per l'azione di contrasto della criminalità e di tutela della sicurezza pubblica. Oggi, su tutto il territorio nazionale, sono presenti 58 Uffici di esecuzione penale esterna e 25 sedi distaccate. Al loro interno operano differenti figure professionali tra le quali dirigenti, assistenti sociali, psicologi, poliziotti penitenziari, funzionari amministrativi, contabili e personale ausiliario e di supporto. Collabora anche personale volontario per le attività di reinserimento delle persone in esecuzione penale esterna¹⁰⁹.

Il contenuto del programma, disciplinato dall'art. 464 *bis* comma 4° c.p.p., rispecchia l'art. 168 *bis* c.p., aggiungendovi però previsioni sul coinvolgimento di terzi legati all'imputato da vincoli di parentela, coniugio o da rapporti socialmente rilevanti. In base a tali considerazioni appare evidente che il punto nodale del *probation* sia il lavoro di pubblica utilità, infatti, esso rappresenta la componente principale del programma, ed è oggetto di consenso, e deve essere costruito tenendo conto delle esigenze di varia natura dell'imputato che lo accetta, secondo logiche di compatibilità¹¹⁰.

¹⁰⁹ https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_2_3_3.wp

¹¹⁰ Ma sui contenuti del programma vedi § 3.4

3.2 LA RICHIESTA DI SOSPENSIONE NEL CORSO DELLE INDAGINI PRELIMINARI

Per favorire l'attivazione del *probation* in fase preliminare l'art. 141 *bis* disp. att. c.p.p. prevede che il p.m., anche prima dell'esercizio dell'azione penale, possa avvisare l'interessato, ove ne siano i presupposti, che ha facoltà di chiedere di essere ammesso alla prova e che l'esito positivo della prova estingue il reato.

Questo consente al sistema giudiziario di avvantaggiarsi in termini di tempo e di risorse, facendo in modo che non si arrivi "impreparati" ai termini finali di proposizione della domanda, e di conseguenza si generino una serie di rinvii volti solamente a valutare l'ammissibilità della prova.¹¹¹

La locuzione "puo'" indica che si tratta di una facoltà, non di un obbligo. Infatti sarà lo stesso p.m. a ritenere se inviare l'avviso in questione, nell'ipotesi in cui sia disponibile ad una soluzione di *probation*, prima ancora che si siano concluse le investigazioni.

Nel caso invece che la richiesta, *ex art. 464-ter* c.p.p. sia presentata autonomamente dall'imputato nel corso delle indagini preliminari, il g.i.p. trasmette gli atti (la richiesta di sospensione ed il programma di trattamento) al p.m., che deve esprimere consenso o dissenso alla sospensione entro 5 giorni, decorrenti da quando il p.m. riceve comunicazione dell'intervenuta richiesta ed i relativi atti trasmessi dal giudice.

Questa norma serve ad evitare che l'istanza di messa alla prova possa essere strumentalizzata dall'indagato per cristallizzare

¹¹¹ Audizione Prof.ssa Claudia Cesari in <http://www.camera.it/seduta> n. 1 di mercoledì 29 maggio 2013

l'accusa e bloccare le indagini che, eventualmente, nel loro prosieguo, potrebbero portare alla contestazione di fatti diversi e più gravi.

Se il p.m. acconsente, tale consenso deve essere fissato con atto scritto che contiene anche la formulazione della imputazione, che costituisce pertanto contenuto necessario del provvedimento.

Presumibilmente il p.m. presterà il proprio consenso quando riterrà che gli elementi di prova consentano, a quel momento, l'esercizio dell'azione penale.

Ex art. 464-quater c.p.p. il giudice, se non ritiene di dover pronunciare sentenza di proscioglimento ai sensi dell'art. 129 c.p.p., decide con ordinanza in camera di consiglio fissata appositamente con le formalità di cui all'art. 127 c.p.p.

Anche il dissenso del p.m. (art. 464 *ter* comma 4° c.p.p.) deve essere motivato, in funzione del controllo che, poi, potrà essere svolto dal giudice del dibattimento: il p.m. negherà, ad esempio, il consenso se reputerà necessarie ulteriori attività investigative, doverose in base all'art. 112 Cost., che vieta esercizi apparenti dell'azione penale.¹¹²

Il comma 4° del medesimo articolo sembra presupporre che il consenso del p.m. costituisca condizione necessaria per l'ammissione della richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova formulata dall'imputato che tuttavia potrà rinnovare la richiesta prima dell'apertura dibattimento di primo grado.

Questa disciplina appare abbastanza simile alla procedura di "patteggiamento" in fase di indagine preliminare (art. 447 c.p.p.), quando ancora non sia stata esercitata l'azione penale. In realtà è proprio l'art. 405 comma 1° c.p.p. che prevede, tra le modalità

¹¹² Corte Cost., sent. n. 88 del 28/01/1991

di esercizio dell'azione penale, l'applicazione della pena su richiesta delle parti; invece nel caso della sospensione con messa alla prova l'art. 464 *ter* c.p.p. dispone che il consenso del p.m., risultante da atto scritto, sia affiancato dalla richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova.

La messa alla prova in fase di indagini determina una stasi delle attività investigative, salva l'ipotesi dell'art. 464 *sexies* c.p.p., che concerne l'acquisizione delle prove non rinviabili e di quelle che possono condurre al proscioglimento dell'imputato.

L'ipotesi di richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova nel corso delle indagini preliminari col p.m. che esprime il proprio consenso si può ricondurre a quella disciplinata dall'art. 447 c.p.p. (richiesta di applicazione della pena nel corso delle indagini preliminari).

In caso di esito positivo della prova, il procedimento non si concluderà con decreto di archiviazione ma con sentenza che dichiara l'estinzione del reato, anche perché la pronuncia del giudice deve essere idonea al giudicato ed il decreto di archiviazione non lo è.

D'altra parte, con l'atto di assenso, il p.m. ha formulato l'imputazione, così transitando dal procedimento al processo.

In caso di esito negativo della prova, oppure di revoca della sospensione disposta su richiesta dell'imputato, il procedimento riprenderà il corso dal momento in cui era rimasto sospeso.

3.3 TERMINE ENTRO IL QUALE PRESENTARE LA RICHIESTA

Un atto volontario dell'imputato per l'attivazione del procedimento di cui si tratta è evidentemente inevitabile perché la messa alla prova non solo rappresenta una forma di esecuzione anticipata di una sanzione penale non preceduta da

un pieno accertamento di responsabilit , ma anche perche' essa prevede, per la sua concreta attuazione, l'adempimento di prestazioni di *facere*, come quelle del lavoro di pubblica utilita; pertanto, il consenso dell'imputato, come gia' anticipato, e' imprescindibile.¹¹³

L'art. 464-*bis* c.p.p. dispone che l'istanza con la quale l'imputato intenda accedere alla messa alla prova possa essere presentata entro un termine finale che si differenzia in relazione alla fase e al grado in cui si sta svolgendo il processo.

Il comma 2° del medesimo articolo prevede che l'istanza possa essere avanzata, oralmente o per iscritto dall'imputato.

L'istanza puo' essere presentata fino a che non siano state formulate le conclusioni nell'udienza preliminare, a norma degli artt. 421 e 422 c.p.p. ove si tratti di giudizio ordinario.

Secondo la procedura indicata nell'art. 464 *quater* il giudice, se non deve pronunciare sentenza di proscioglimento *ex art.* 129 c.p.p., decide con ordinanza nel corso della medesima udienza, sentite le parti e la persona offesa.

Secondo alcuni Autori¹¹⁴ questa disposizione va letta ritenendo che il legislatore non abbia inteso applicare il beneficio ai soli reati per i quali e' prevista la citazione diretta a giudizio, ma anche a quei reati per i quali e' prevista la celebrazione dell'udienza preliminare, nonostante il limite edittale di quattro anni di reclusione.

In merito al termine ultimo entro il quale presentare la richiesta, in caso di procedimenti plurisoggettivi innanzi al g.u.p., la norma va letta congiuntamente al principio recentemente

¹¹³ Art. 8, par 3 lett a) del Patto internazionale dei diritti civili e politici stabilisce che "nessuno puo' essere costretto a compiere un lavoro forzato o obbligatorio"

¹¹⁴ V. Bove, *Messa alla prova per gli adulti: tra prime applicazioni, vuoti normative, criticita'*, I provvedimenti adottabili dal giudice. Cit.

dettato dalle Sezioni Unite Penali della Corte di Cassazione¹¹⁵ in tema di giudizio abbreviato, che fissa il limite nella discussione del difensore interessato alla richiesta (e non in quella dell'ultimo difensore).

Vista la complessità della procedura, le recenti esperienze giudiziarie hanno registrato la tendenza del magistrato a rinviare il processo e fissare apposita udienza in camera di consiglio *ex art 464 quater*, comma 1° c.p.p..

Se è stato notificato il decreto di giudizio immediato, la richiesta è formulata entro il termine e con le forme stabilite dall'art. 458 comma 1° c.p.p., ovvero quindici giorni dalla notifica del decreto di giudizio immediato all'imputato o dalla comunicazione del relativo avviso al difensore. Il giudice naturale competente a decidere sulla richiesta è, dunque, il giudice per le indagini preliminari.

Nei casi di procedimento per decreto l'art. 464-bis comma 2° c.p.p. prevede che la richiesta di messa alla prova debba essere presentata con l'atto di opposizione, e quindi col medesimo atto col quale, ai sensi dell'art. 461, comma 3° c.p.p. l'imputato può formulare richiesta di giudizio immediato ovvero di rito alternativo premiale.

In argomento di decreto penale di condanna, merita segnalare l'ordinanza del Tribunale di Savona¹¹⁶ nella parte in cui il Tribunale ligure ha dichiarato rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 460 c.p.p., in relazione agli artt. 3 e 24 Cost., nella parte in cui non prevede che il decreto penale di condanna debba contenere l'avviso all'imputato che ha facoltà di chiedere la sospensione del

¹¹⁵ Cass. Pen. Sez. Un. Sent. n. 20214 del 27 marzo 2014, dep. 15 maggio 2014 in <http://www.giurisprudenzapenale.com/2014/05/29/rito-abbreviato-le-sezioni-unite-sul-termine-ultimo-per-la-richiesta-sez-un-202142014/>

¹¹⁶ Trib. Savona, ord. 3 giugno 2015, in G.U. del 14 ottobre 2015, n. 41

procedimento per messa alla prova unitamente all'atto di opposizione; difatti è a pena di nullità che il giudice deve inserire, nel decreto penale di condanna, tale avviso: solo attraverso l'opposizione, infatti, l'imputato può riprendere in mano le sorti del procedimento, evitando che il decreto divenga esecutivo.

L'assenza di ogni richiamo alla sospensione del procedimento con messa alla prova, quale procedimento speciale percorribile a seguito di opposizione al decreto penale, denuncia una dimenticanza del legislatore: nessun dubbio, infatti, può sorgere circa la possibilità di opporsi al decreto richiedendo al contempo la sospensione con messa alla prova: è lo stesso legislatore che espressamente lo prevede, all'art. 464-bis co. 2° c.p.p.

Sia nel caso di giudizio immediato che nel caso di opposizione a decreto penale di condanna, dati i tempi molto ristretti, e' verosimile che l'imputato non riesca a predisporre d'intesa con l'U.E.P.E. il programma di trattamento.

In questi casi, secondo le linee guida tracciate dal Tribunale di Firenze in data 7/12/2014 sarà sufficiente, ai fini della ammissibilità, allegare all'istanza di sospensione del procedimento la richiesta di elaborazione del programma con l'attestazione di ricevimento U.E.P.E.¹¹⁷

Nel giudizio direttissimo e nel procedimento di citazione diretta a giudizio la richiesta può essere avanzata fino alla dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, anche quando in precedenza sia stata rigettata nel corso delle indagini preliminari.

¹¹⁷ Laddove non vi sia il tempo necessario per raccogliere tutta la documentazione necessaria da allegare alla richiesta (come, ad esempio nel caso di giudizi direttissimi, opposizione a decreto penale di condanna) deve essere inoltrata all'U.E.P.E. la sola istanza, che varrà quale presa in carico per la redazione del programma di trattamento; l' U.E.P.E.rilascera' in ogni caso una attestazione da depositare all'autorità giudiziaria; la richiesta corredata dagli allegati verrà formalizzata il prima possibile.

Dati i tempi stringenti del direttissimo e' probabile che l'interessato non sia neanche in grado di presentare al giudice la attestazione di presentazione della richiesta all'U.E.P.E ed in questo caso si ritiene che il giudice possa concedere un termine a difesa per consentire la produzione della documentazione.

Il legislatore, introducendo un termine (per la presentazione dell'istanza), introduce altresì un ulteriore elemento di differenza rispetto al processo penale minorile, dove l'ordinanza di sospensione puo' essere adottata durante l'udienza preliminare, nel corso del dibattimento e, secondo alcuni orientamenti, perfino in appello.¹¹⁸

Come anticipato, il beneficio derivante dall'istituto della messa alla prova e' ammesso per i soli reati previsti *ex art. 168 bis c.1° c.p.*, ovvero per i reati per i quali e' prevista la citazione diretta a giudizio *ex art. 550 2°c.p.p.*.

Sembrerebbe, in questa ipotesi, che una richiesta di sospensione non possa intervenire dinanzi al giudice per l'udienza preliminare; invece, la previsione che ne consente la presentazione in questa sede si puo' spiegare in base al fatto che, siccome *ex art. 551 c.p.p.*, anche nel caso di procedimenti connessi il p.m. deve presentare per tutti gli imputati la richiesta di rinvio a giudizio *ex art. 416 c.p.p.*, si puo' verificare che in sede di udienza preliminare il giudice debba esaminare la richiesta avanzata da uno degli imputati con riferimento al quale ricorrono i presupposti per la sospensione.

Un'altra lettura, per consentire la presentazione della richiesta anche in sede di udienza preliminare, si puo' argomentare sulla base che la disciplina non spiega come operino le circostanze aggravanti.

¹¹⁸ M. Colamussi, La messa alla prova, Cedam, 2011 pag. 183-188.

Non avendo il legislatore richiamato l'art. 4 c.p.p., ai fini della sospensione occorre prendere in esame la sola pena edittale del reato, a prescindere, cioè, dalle sue forme di manifestazione.

In questo caso l'istituto in oggetto risulta applicabile anche in quelle ipotesi in cui il p.m., in base agli artt. 4 e 550 comma 1° c.p.p., richieda il rinvio a giudizio con le forme dell'art. 416 c.p.p. in relazione a reati come ad esempio il furto, la truffa ai danni dello Stato che, nella forma non circostanziata, prevedono una pena edittale non superiore a quattro anni.¹¹⁹

Nel caso di costituzione di parte civile, l'art. 464 *quater* c. 8° c.p.p. prevede che alla sospensione del procedimento con messa alla prova non si applica l'art. 75, comma 3°, c.p.p.

Da questo deriva che, se l'istanza di sospensione del procedimento con messa alla prova viene proposta nel corso dell'udienza preliminare o del dibattimento, la parte civile già costituita può trasferire l'azione in sede civile senza subire la sospensione del processo civile sino alla pronuncia della sentenza penale.

Ci si è chiesti quale sia rilevanza, in sede civile, dell'accertamento (sia pure sommario) di responsabilità dell'imputato, nel caso il giudice accolga la richiesta di sospensione in accoglimento della richiesta.

L'accertamento costituisce il presupposto sul quale si fonda la misura in oggetto, e questo è confermato anche dall'art. 464 *quater* comma 1° c.p.p. il quale dispone che il giudice decide con ordinanza la sospensione solo quando non debba pronunciare sentenza di proscioglimento a norma dell'art. 129 c.p.p..

L'accertamento della sussistenza del fatto di reato e della colpevolezza dell'imputato sono imposti, evidentemente,

¹¹⁹ A. Scalfati La debole convergenza di scopi nella deflazione promossa dalla l. n. 67 del 2014. Processo penale e giustizia pagg 141-146.

dall'osservanza del principio di legalità e dalla presunzione di innocenza. Il convincimento del giudice sulla responsabilità dell'imputato costituisce un presupposto logico del provvedimento di messa alla prova, anche perché, trattandosi di una misura penale, per la sua applicazione non si può prescindere da elementi di prova che attestino la responsabilità dell'imputato¹²⁰.

Quindi, in base a questo, in caso di sospensione del procedimento con messa alla prova, la costituita parte civile trasferirà la propria azione civile e porterà con sé anche un accertamento espresso dal giudice penale sulla responsabilità dell'imputato per il reato commesso, il quale però non fa stato nel processo civile ed è dunque "ribaltabile" da parte del giudice civile.

3.4 I CONTENUTI DELLA MESSA ALLA PROVA

L'art. 168 *bis* comma 2°, c.p. dispone che la messa alla prova consiste in "prestazione di condotte volte alla eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose derivanti dal reato", nonché, "ove possibile", nel risarcimento del danno dallo stesso cagionato"; inoltre importa l'affidamento dell'imputato al servizio sociale per lo svolgimento di un programma che possa implicare, "tra l'altro", "attività di volontariato di rilievo sociale, ovvero l'osservanza di prescrizioni relative ai rapporti col servizio sociale o con una struttura sanitaria, alla dimora, alla

¹²⁰ A. Ciavola, Il contributo della giustizia consensuale e ripartiva all'efficienza dei modelli di giurisdizione. Torino, 2010, pag. 288 in *Procedura penale*, Collana diretta da M. Bargis, G. Giostra, V. Grevi, G. Illuminati, R.E. Kostoris, R. Orlandi, E. Zappalà

liberta' di movimento, al divieto di frequentare determinati locali¹²¹".

L'art. 464-*bis* c.p.p., comma 4°, dispone, appunto, che all'istanza di messa alla prova sia allegato un programma di trattamento, elaborato d'intesa con l'U.E.P.E., ovvero nel caso in cui ciò non sia stato possibile, la richiesta di elaborazione del predetto programma.

L'impiego del termine trattamento può giustificarsi soltanto ritenendo che l'istituto della messa alla prova presupponga un giudizio positivo sulla responsabilità penale del soggetto.

E' proprio guardando a questa previsione infatti che alcuni commentatori definiscono l'identità strutturale del nuovo istituto come una "cripto condanna"¹²² o paventano il rischio che, nel caso che il procedimento si concluda (in caso di insuccesso o di revoca della messa alla prova) con una sentenza assolutoria, resti priva di causa la prestazione lavorativa eseguita, che assumerebbe *a posteriori* "carattere indebito e dunque ripetibile *ex art. 2033 c.c.*"¹²³.

Come già sottolineato, la messa alla prova dell'imputato maggiorenne si differenzia dal *probation* penitenziario, che presuppone l'esistenza di una condanna definitiva e si connota quale strumento alternativo in fase di esecuzione.

¹²¹ O. Murro, Le nuove dimensioni del *probation* per l'imputato adulto in Stud. iuris, 2014, pag. 1264, rimarca come le prescrizioni comportamentali limitative della libertà personale, previste sulla scia di alcuni ordinamenti europei (ad es, Francia, Norvegia e Spagna), e relative alla dimora, alla libertà di movimento e al divieto di frequentare determinati locali, sembrano richiamare, nei contenuti effettivi e nelle finalità, alcune misure cautelari personali, e sono state inserite con lo scopo di tutelare la persona offesa da eventuali ingerenze da parte dell'imputato: immaginate specificamente per i reati contro la persona, esse "hanno una valenza tanto preventiva quanto rieducativa in riferimento soprattutto ad alcune fattispecie criminose astrattamente assoggettabili all'istituto..."

¹²² F. Vigano', Sulla proposta legislativa in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova in www.dirittopenalecontemporaneo.it pag. 1302

¹²³ vd. nota precedente

Il programma deve, in ogni caso, prevedere le modalita' di coinvolgimento dell'imputato, del suo nucleo familiare e del suo ambiente di vita nel processo di reinserimento sociale, ove cio' risulti necessario e possibile: le prescrizioni e gli impegni che l'imputato assume al fine di attenuare le conseguenze del reato, le condotte riparatorie e le restituzioni, nonche' le prescrizioni attinenti al lavoro di pubblica utilita' ovvero all'attivit  di volontariato sociale: " Quanto ai profili di coinvolgimento di terzi (nucleo familiare o ambiente di vita) appare evidente che in ipotesi di assunzione di obblighi di comportamento gravanti sui medesimi, la relativa assunzione di responsabilit  dovra' essere formalizzata con specifica dichiarazione da essi firmata ovvero resa dinanzi a soggetto in grado di garantire la provenienza delle relative dichiarazioni (si pensi all'ipotesi di dichiarazione proveniente da terzi contenente un impegno di ospitalita' o di lavoro)."¹²⁴

Il programma deve inoltre prevedere le condotte dirette a promuovere, ove possibile, la mediazione con la persona offesa (art. 464 *bis* comma 4° lett. a), b), e c), c.p.p.

Il termine mediazione nell'ambito dell'art. 464 *bis* c.p.p. viene certamente mutuato dalla disciplina civilistica, ma e' inteso nel senso di " componimento delle posizioni di eventuale contrasto tra imputato e persona offesa, diverse ed ulteriori, ovviamente rispetto a quelle relative alle condotte riparatorie ed al risarcimento del danno, quali ad esempio quelle piu' in generale rilevanti nell'ottica del ripristino dei rapporti di convivenza civile¹²⁵".

La Raccomandazione 19 (99) del Consiglio d'Europa definisce la mediazione come il " procedimento che permette alla vittima e al

¹²⁴ M.S. Calabretta a. Mari cit. pag. 27

¹²⁵ M.S. Calabretta a. Mari cit. pag. 28

reo di partecipare attivamente, se vi consentono liberamente, alla soluzione derivanti dal reato con l'aiuto di un terzo indipendente (mediatore).

Analoga definizione e' quella della Dichiarazione delle Nazioni Unite per la quale per giustizia ripartiva si intende un modello di giustizia nel quale " la vittima, il reato e, laddove risulti appropriato, chiunque – individuo o comunita'- leso dal reato, partecipano insieme e attivamente alla risoluzione delle questioni sorte dal reato, generalmente con l'aiuto di un facilitatore".

La mediazione quindi fa il suo ingresso, nel quadro della giustizia ripartiva, nel sistema processuale penale ordinario, mentre finora questa pratica aveva trovato spazio soltanto all'interno di due sottoinsiemi normativi, il procedimento penale minorile e il procedimento penale davanti al giudice di pace (art. 29, comma 4°, d.lgs n. 274/88).¹²⁶

Il legislatore italiano ha lungo messo in disparte l'aspetto della tutela delle vittime.

Infatti, solo a partire dagli anni '80 si e' fatta strada un'analisi del crimine che ha posto l'accento su un'ottica orientata alla vittima, (*opfer- orientiert*) attraverso l'adozione di strumenti che esortano a recuperare il ruolo della vittima del reato mediante l'inserimento di istituti ispirati alla *restorative justice* che appaia in grado di tutelare le esigenze della persona offesa.

Il suo esito tipico infatti e' la realizzazione, da parte del reo, di prestazioni ripartivo- risarcitorie in favore della vittima.¹²⁷

Secondo questo modello il reato non e' solo una mera violazione di una norma giuridica ma costituisce una realta' molto piu'

¹²⁶ R.De Vito, La scommessa della messa alla prova dell'adulto, in *Questione giustizia*, 2013, 6, p. 9 ss

¹²⁷ In tema A. Ceretti- C. Mazzuccato, Mediazione e giustizia ripartiva tra Consiglio d' Europa e O.N.U. in *Dir. Pen. Proc.* 2001, p. 772 ss.

complessa, perché molteplici sono i soggetti che possono risentire negativamente del fatto criminoso.¹²⁸

Tuttavia se lo Stato si limita a punire, anziché aiutare la vittima, non fa che raddoppiare il male creato dal delitto, senza preoccuparsi di diminuirne l'impatto¹²⁹ nei confronti della persona offesa, in quanto la pena si preoccupa di assicurare il monopolio della forza, tuttavia la persona offesa si ritrova legata ad un perenne "destino vittimario", immortalato dal fotogramma della pena irrogata all'autore per il fatto commesso *illic et tunc*.¹³⁰

La legge in oggetto invece offre una possibilità di ingresso della mediazione penale come forma di composizione del conflitto generato dal reato, in quanto tra i contenuti del programma di trattamento sono previste le condotte volte a promuovere, ove possibile, la mediazione con la persona offesa.

La pena criminale ha un senso a seconda via sia stata o meno la soluzione del conflitto con la vittima, a meno che la condotta dell'imputato sia solo calcolata o strumentale ad ottenere benefici e priva di reale valore e significato personale per il responsabile.

Questa pratica è rimasta, per lo più (si veda il tentativo di conciliazione ex art. 555, 3° c. c.p.p.) , fino ad adesso, circoscritta agli ambiti del rito minorile e del processo penale davanti al giudice di pace; con il nuovo art. 464-*bis* comma 4° c.p.p. invece la mediazione entra nel processo penale ordinario, attraverso

¹²⁸ G. Mannozi, La giustizia riparativa: percorsi evolutivi, culturali, giuridici e sociali, in R. Bartoli- F. Palazzo (a cura di), La mediazione penale nel diritto italiano ed internazionale, University Press, Firenze, 2011, p. 41

¹²⁹ G. Colombo Il perdono responsabile. Si può educare al bene attraverso il male? Le alternative alla punizione e alle pene tradizionali, Milano, Ponte alle Grazie, 2011, pp 15 ss, e 75 ss.

¹³⁰ R. Girard, La preoccupazione moderna per le vittime, in K. Ludersenn, Vedo Satana cadere come la folgore, Mi, Adelphi, 2011, p. 211 ss.

l'inciso " ove possibile". Tale inciso indica che¹³¹ la soddisfazione della vittima e' lo sforzo, il fine cui si deve protendere, ma non necessariamente l'obiettivo da raggiungere, perche' in fase di valutazione degli esiti dovra' essere apprezzata la disponibilita' e la serietà degli sforzi piuttosto che l'effettivo conseguimento del risultato.

Stante tuttavia l'inadeguatezza delle strutture che si occupano delle attivita' conciliative, infatti, si ritiene che non si possa facilmente addivenire alla conciliazione extra giudiziale, pero' si rileva che l'eventualita' della attivita' induce a ritenere che il legislatore abbia voluto dare rilievo piu' alla disponibilita' e alla serietà degli sforzi profusi dall'imputato ai fini della riparazione inter soggettiva, che all'effettivo conseguimento del risultato o alla soddisfazione manifestata dalla persona offesa, attesa la sua necessaria ma non vincolante interlocuzione oer il giudice e gli U.E.P.E¹³²"

Inoltre, e in questa ottica, ad esempio, l'art. 168 *bis* c.p. stabilisce che il lavoro di pubblica utilita' debba essere modulato in modo da non pregiudicare le esigenze di lavoro dell'imputato, onde evitare che l'impegno per la realizzazione della prestazione gratuita non sia tale da privare l'imputato dei mezzi necessari per il proprio sostentamento.

3.4.1. I CONTENUTI DELLA RICHIESTA: IL PROGRAMMA DI TRATTAMENTO.

L'imputato che intenda beneficiare dell'istituto della messa alla prova deve, oltre a presentare l'istanza di sospensione, allegare un programma di trattamento, elaborato con U.E.P.E..

¹³¹ Lorenzo Pulito, Presupposti applicativi e contenuti della misura, cit. pag. 95

¹³² G. Tabasco La sospensione del procedimento con messa alla prova degli imputati adulti, in Arch. Pen., 2015, n. 1 pag. 26

Il programma di trattamento, ai sensi dell'art. 464- *bis* c. 4° c.p.p. prevede le modalita' di coinvolgimento dell'imputato, del suo nucleo familiare e del suo ambiente di vita, ove cio' risulti necessario e possibile; le prescrizioni comportamentali e gli impegni specifici che l'imputato assume secondo una prospettiva riparatoria, orientata sia verso la vittima che verso la collettivita'.

Predisposto il programma, sara' cura dell'U.E.P.E. trasmetterlo al giudice, unitamente alle considerazioni che si rendano eventualmente utili per lo svolgimento del programma (art. 141 ter comma 3° disp. att. c.p.p.).

Il comma 4° della norma di attuazione disciplina i compiti dell'U.E.P.E, una volta che sia intervenuto il provvedimento giudiziale di ammissione alla sospensione con messa alla prova, che consistono nella informazione periodica circa il trattamento ed il comportamento dell'imputato in corso di svolgimento, secondo cadenze regolate dal giudice e comunque non eccedenti il trimestre, nella formulazione di proposte di modifiche contenutistiche o temporali o di revoca del programma in caso di gravi e reiterate trasgressioni.

Non vi e' dubbio che l'efficiente applicazione della messa alla prova passi anche attraverso la riorganizzazione ed il potenziamento degli uffici per l'esecuzione penale esterna, in modo tale che costituiscano un sistema organizzato in grado di gestire il *probation* senza scaricare su quest'ultimo le inefficienze del sistema processuale.

Il comma 5° della norma inoltre assegna allo stesso ufficio la responsabilita' di redigere la relazione finale, da depositare nella cancelleria del giudice almeno 10 giorni prima dell'udienza fissata per l'adozione dei provvedimenti di cui all'art. 464- *septies* c.p.p., con facolta' per le parti di prenderne visione ed estrarne copia.

E' interessante notare come l'art. 464-bis c. 4° c.p.p. preveda che il profilo della prova rieducativa non sia tuttavia indefettibile, infatti, il medesimo articolo, alla lettera a), prevede che il processo di reinserimento sia previsto solo ove cio' sia necessario e possibile, per cui spettera' all'U.E.P.E effettuare le opportune valutazioni per stabilire il tipo di trattamento al quale l'imputato ed anche la famiglia e l'ambiente di vita devono aderire.

In altri termini si potrebbe dire che non e' solo l'imputato a scontare la pena, ma, certamente in maniera indiretta, anche la famiglia e la cerchia piu' ristretta amicizie e/o conoscenze collaborano fattivamente per la riuscita del programma.

3.4.2 LA PRESTAZIONE DI LAVORO DI PUBBLICA UTILITA'

Il lavoro, che nel nostro ordinamento giuridico assume valore centrale, e' uno degli elementi principali del trattamento rieducativo di condannati ed internati, in quanto suscettibile di ridurre la recidiva e di realizzare l'integrazione e l'inclusione sociale. L'art. 168 bis c. 3° c.p. offre una definizione del lavoro di pubblica utilita' gia' mutuata dall'art. 54 d. lgs. n. 274/2000 (attuativo della delega in tema di competenza penale del Giudice di Pace).

L'art. 165 c.p. invece prevede l'effettuazione "di prestazione di attivita' non retribuita a favore della collettivita' per un tempo determinato comunque non superiore alla durata della pena sospesa, secondo le modalita' indicate dal giudice nella sentenza di condanna" come imposizione collegata alla concessione della sospensione condizionale della pena.

Nella norma in esame si tratta di una prestazione non retribuita in favore della collettivita' da effettuarsi tenendo conto delle specifiche professionalita' e attitudini lavorative dell'imputato,

secondo un orario giornaliero che non sia superiore alle otto ore lavorative, da svolgere per non meno di dieci giorni, anche non continuativi presso lo Stato, le Regioni, le Province i Comuni, le aziende sanitarie o anche presso enti o organizzazioni internazionali di assistenza sociale o volontariato che operano in Italia, e che tali modalita' di svolgimento non debbano pregiudicare le esigenze di lavoro, studio, famiglia, salute dell'imputato.

Il ruolo essenziale assegnato al lavoro gratuito segna il superamento delle perplessita' di quanti suggerivano di contemplarlo come contenuto solo eventuale del programma di trattamento o, almeno, di predisporre una disciplina "compensativa" per non penalizzare l'imputato che, pur essendosi tempestivamente attivato, non fosse riuscito a trovare un soggetto disposto ad accettarne le prestazioni.

La scelta operata dal legislatore sembra allora precludere l'accesso al beneficio per l'imputato che, pur essendosi attivato per tempo, non sia riuscito a procurarsi un'occasione di lavoro gratuito.

Tuttavia non si puo' escludere che in sede interpretativa possano essere valutate soluzioni propense a riconoscere, per il giudice, un dovere di valutare la serietà dello sforzo profuso dall'imputato, a prescindere dai risultati conseguiti, allo stesso modo in cui avviene per le condotte risarcitorie e restitutorie riconducibili nella causa di estinzione del reato prevista dall'art. 35 del d. lgs. n. 274 del 2000. (sez. V,n. 14070 del 24 marzo 2005; Sez. V, n. 22323 del 21 aprile 2006; Sez. V, 31070 del 10 aprile 2008; sez. IV, n. 36516 del 18 giugno 2008).

In questi ambiti si e' ritenuto non vincolante il rifiuto opposto dalla persona offesa all'offerta risarcitoria, quando quest'ultima sia ritenuta esaustiva e soddisfattiva delle istanze retributive e special preventive sottese all'istituto.

Anziche' rinunciare alla prestazione lavorativa infatti il legislatore ha preferito introdurre dei correttivi, come l'ampliamento degli enti presso i quali eseguire la prestazione (ad esempio inserendo anche le aziende sanitarie ed enti ed organizzazioni internazionali). Non si richiede inoltre che i beneficiari delle prestazioni siano "convenzionati"¹³³: se e' vero che l'art. 8 della legge 67/2014 prevede che il Ministero della Giustizia o i Presidenti di tribunale delegati adottino, entro tre mesi dalla data della sua entrata in vigore, convenzioni da stipulare con gli enti e le organizzazioni, questo pero' non vuol dire che queste convenzioni siano un presupposto indefettibile per il collocamento dell'indagato "messo alla prova", tanto piu' che l'art. 168 *bis* c.p. non richiede questo presupposto.

Nel corso delle audizioni dinanzi alla Commissione Giustizia della Camera era emerso che una delle cause dello scarso successo del lavoro gratuito era proprio il timore delle organizzazioni di assumere, stipulando le convenzioni, "soggetti che dessero piu' problemi che vantaggi" e di trovarsi esposti, di continuo, alle richieste dei condannati interessati al beneficio¹³⁴.

Assegnare quindi i soggetti richiedenti il beneficio ad enti non convenzionati, previsione confermata dall'art. 141-*ter* comma 3°, disp. att. trans. c.p.p., dovrebbe agevolare la sperimentazione di questa pratica senza gravare sempre i medesimi enti ospitanti.

Come anticipato, la fattispecie piu' nota tra quelle riconosciute dal nostro ordinamento che prevedono il lavoro di pubblica

¹³³ A. Menghini-E. Mattevi Recenti ordinamenti sul lavoro di pubblica utilita' in http://www.penalecontemporaneo.it/foto/2396DPC_trim_2_2014.pdf#page=122&view=Fit p. 14 ss

¹³⁴ A. Salvadori, Audizione del 29 maggio 2013 in Commissione II Giustizia della Camera dei Deputati nell'ambito dell'indagine conoscitiva sull'efficacia del sistema giudiziario in relazione all'esame della proposta di legge C. 331 Ferranti, recante la delega al Governo in materia di pene detentive non carcerarie e disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili, in Resoconto stenografico, Roma, 2013, p. 7.

utilità' è quella prevista all'art. 54 d.lgs. n. 274/2000 riconducibile alla c.d. giustizia ripartiva:

tale art. 54 delinea una vera e propria sanzione penale, applicabile dal giudice di pace ma solo su richiesta dell'imputato, entro limiti edittali minimi e massimi, non inferiore a dieci giorni né superiore a sei mesi. In questo caso, il lavoro di pubblica utilità consiste in un'attività non retribuita in favore della collettività da svolgere presso lo Stato, le Regioni, le Province e i Comuni o presso enti ed organizzazioni di assistenza sociale e di volontariato.

Altre fattispecie di sanzioni riconducibili al lavoro di pubblica utilità, sono quelle previste dal codice della strada (artt. 186 e 187 d.lgs. n. 285/1992 per guida in stato di ebbrezza come conseguenza dell'uso di bevande alcoliche e di guida in stato di alterazione psico-fisica per uso di sostanze stupefacenti o psicotrope).

Tali ipotesi prevedono la possibilità di sostituire la pena detentiva e pecuniaria, anche quella comminata attraverso decreto penale di condanna, con quella del lavoro di pubblica utilità e, a differenza della fattispecie prevista all'art. 54 d.lgs. n. 274/2000, è applicabile nonostante l'assenza di una espressa volontà dell'imputato, infatti, è sufficiente che non risulti la sua opposizione.

Pertanto la valutazione positiva del lavoro di pubblica utilità, che può sostituire la pena detentiva per non più di una volta, comporta l'estinzione del reato, oltre alla riduzione alla metà della sanzione della sospensione della patente e la revoca della confisca del veicolo.

Un'ulteriore fattispecie presente nel nostro sistema giuridico è quella della sanzione sostitutiva della pena detentiva di cui all'art. 73, comma 5-bis, d.p.r. n. 309/1990, recentemente reintrodotta dalla L. n. 79/2014, applicabile nell'ipotesi di

traffico di sostanze stupefacenti di lieve e modesta entità, limitatamente ai reati *sub art.* 73, commessi da persona tossicodipendente o da assuntore di sostanze stupefacenti o psicotrope, prevedendosi in alternativa alle classiche sanzioni detentive e pecuniarie, l'estensione della fattispecie del lavoro di pubblica utilità, sempre che vi sia la richiesta dell'imputato e che non debba concedersi il beneficio della sospensione condizionale della pena.

Tornando alla fattispecie del lavoro di pubblica utilità introdotto dalla L. n. 67/2014, come già detto, si tratta della sanzione rivolta all'imputato dopo aver ottenuto il beneficio della messa alla prova. Tale sanzione, non si traduce in una soggezione, ma in una prestazione attiva assunta volontariamente, e questa sua peculiarità sembrerebbe giustificare il suo inserimento legittimo nei programmi di messa alla prova.

Ovviamente la prestazione di pubblica utilità non dovrebbe mai dare vita a limitazioni di libertà in senso stretto o comunque tali da andare oltre il consenso dell'imputato in ogni caso. E' necessario, pertanto- si ribadisce-, che il consenso sia liberamente espresso e non condizionato o estorto, neppure indirettamente, proprio per evitare di incorrere nel divieto di lavori forzati sancito dalle Carte internazionali.

La legge 67/2014 non individua l'estensione temporale astratta del lavoro, che può essere ricavata solo indirettamente, perché se la durata minima (dieci giorni) è indicata, si può ritenere che quella massima possa coincidere con i termini massimi di sospensione del procedimento (uno o due anni, a seconda della natura della pena edittale) decorrenti dalla sottoscrizione del verbale di messa alla prova dell'imputato. È prevista poi una durata massima giornaliera (otto ore), ma non una minima.

*3.4.3 LA DECISIONE DEL GIUDICE SULLA RICHIESTA: LA
DISCIPLINA PREVISTA EX ART. 129 C.P.P.,
RICHIESTA PARZIALE DI MESSA ALLA PROVA ED
INCOMPATIBILITA' DEL GIUDICE.*

Un'altra questione di rilevanza particolare riguarda la possibilità per l'imputato di chiedere di essere ammesso alla prova solo in relazione ad alcuni reati.

Nell'ambito di uno stesso procedimento, potrebbe ed è accaduto che all'imputato vengano contestati più reati tra loro connessi e che per alcuni di essi sia possibile presentare istanza per la concessione del beneficio, mentre per altri non sussistano i presupposti oggettivi o soggettivi.

Sul punto si segnala l'ordinanza resa dal Tribunale di Torino il 21 maggio 2014¹³⁵. Il citato Tribunale si è espresso sull'ammissibilità di una richiesta di separazione dei procedimenti per messa alla prova per alcuni soltanto dei reati oggetto di un processo oggettivamente cumulativo.

” Il Tribunale ritiene che tale opzione non sia preclusa. Non si ignora, all'evidenza, la prevalente giurisprudenza di legittimità che esclude tale possibilità in caso di richiesta di cd. patteggiamento parziale in caso di procedimento oggettivamente cumulativo (da ultimo, Cass. Sez. 3, Sentenza n. 41138 del 23/05/2013, ric. P.M. in proc. Pokutinski e altro, Rv. 256929; v. però contra: Cass. Sez. 3, Sentenza n. 34915 del 13/07/2011, ric. D.L., Rv. 250860). Tuttavia, i condivisibili principi affermati dalla giurisprudenza di legittimità non risultano esattamente riconducibili al caso in esame, essendo il cd. patteggiamento parziale situazione diversa dalla presente. Nel patteggiamento parziale si dà comunque l'applicazione di una pena, seppure

¹³⁵ http://www.questionegiustizia.it/doc/Tribunale_Torino_21.5.14.pdf

ridotta quale contropartita dell'accettazione di una rinuncia al contraddittorio; il che giustifica i reiterati richiami alla natura deflattiva dell'istituto.

Al contrario, nel caso della messa alla prova, l'istituto non tende solo ad un obiettivo di deflazione processuale, ma – in modo più complesso – anche ad esigenze di risocializzazione della persona autrice di reati (rispondendo ad esigenze costituzionali presidiate dall'art. 27, comma 3, Cost.) e – dato certo non secondario – anche alla rinuncia, in caso di esito positivo della messa alla prova, ad esercitare la pretesa punitiva, posto che in tal caso il reato si estingue. E, in tale prospettiva, si ritiene sia diritto dell'imputato – anche in assenza di un concreto beneficio deflattivo per il sistema giudiziario – quello di vedere estinto uno dei reati a lui contestati¹³⁶.

Potrebbe inoltre essere possibile che la parte chieda di essere ammesso alla prova per uno o più reati e voglia, per altre svariate ragioni, celebrare il giudizio in relazione agli altri.

Su tale questione si è espressa nel marzo 2015 la Corte di Cassazione¹³⁷ che ha iniziato ad affrontare la questione partendo dall'esame del quadro normativo di riferimento (art. 464 *bis* e ss. c.p.p. e 168 *bis* e ss. c.p.), che nulla dispone in modo espresso per i casi in cui siano contestati, nei confronti di uno stesso soggetto, sia reati per cui risulti astrattamente ammissibile la messa alla prova, sia fattispecie per cui il rito speciale non può essere concesso.

Nel silenzio del legislatore, la Corte afferma che, in tali ipotesi, non potendosi sospendere l'intero procedimento, l'unica soluzione processuale potenzialmente percorribile sarebbe

¹³⁶ Vd. nota n. 132

¹³⁷ Cass. pen., Sez. II, 12 marzo 2015 (dep. 8 aprile 2015), n. 14112 in www.diritto penale e contemporaneo.it.

quella sostenuta dal giudice di merito, ovvero fare applicazione dell'art. 18 c.p.p..

Nella seconda parte della motivazione la Corte sembra negare da un punto di vista generale l'ammissibilità della messa alla prova parziale, ponendo l'accento sulla *ratio* fortemente improntata alla risocializzazione e rieducazione (art. 27, comma 3° Cost.) che caratterizza l'istituto. A conferma di ciò i giudici individuano anche un argomento letterale: il legislatore, nel formulare l'art. 168 *bis* c.p., non facendo riferimento ai reati ma ai «procedimenti per reati», avrebbe lasciato intendere «una visione unitaria e complessiva della prospettiva di risocializzazione del soggetto che potrà realizzarsi attraverso la messa alla prova previa sospensione dell'intero "procedimento" ma solo quando ciò sia possibile in relazione a tutti i reati in contestazione».

Né, continuano i giudici, la messa alla prova parziale sarebbe inammissibile per un problema di mancato effetto deflattivo del procedimento, come nel caso del patteggiamento parziale, quanto piuttosto per il fatto che, pur avendo l'imputato un diritto di accesso all'istituto, non «appare pensabile che taluno possa essere "risocializzato" solo per alcuno dei fatti in contestazione e nel contempo continui a rispondere di ben più gravi [...] fatti-reato [connessi] per i quali l'accesso all'istituto [...] non è consentito».

Del resto, rileva ancora la Corte, non bisogna dimenticare che il sistema non prevede un diritto assoluto in capo all'imputato di accedere all'istituto, ma richiede sempre l'esercizio di un potere valutativo da parte del giudice, che deve inquadrarsi non solo nel più ampio quadro della situazione personale dell'imputato, ma

anche del contesto processuale nel quale verrebbe a operare la sospensione del procedimento.

Difatti, l'ammissibilità della richiesta di messa alla prova presuppone necessariamente una valutazione prognostica positiva sulle possibilità rieducative dell'interessato, per la cui formulazione «non può prescindersi dal tipo di reato commesso, dalle modalità di attuazione dello stesso e dai motivi del delinquere, al fine di valutare se il fatto contestato debba considerarsi [o meno] un episodio del tutto occasionale».

Di conseguenza, a parere della Corte, nei casi in cui siano contestati all'imputato anche reati per cui non sia astrattamente concedibile la messa alla prova, non sarebbe possibile effettuare proprio quel vaglio positivo sulla possibilità di risocializzazione del richiedente, «che rappresenta il vero ed unico motivo fondante dell'istituto».

Ciò perché, conclude il Collegio, l'essenza rieducativa della messa alla prova non può ricollegarsi al solo fatto di consentire all'imputato di ottenere l'estinzione del reato, ma ha basi più profonde, «che tendono all'eradicazione completa delle tendenze di condotta antigiuridica del soggetto e che contrastano con l'idea di un individuo semi-risocializzato».

Secondo alcuni Autori¹³⁸ invece impedire l'accesso al beneficio a un richiedente, solo perché sia contestata nei suoi confronti anche un'imputazione per cui non sia concedibile la messa alla prova, significherebbe costruire in via esegetica una preclusione assoluta non prevista dalla *littera legis*, che, al contrario, all'art. 18, comma 1, lettera b) c.p.p., prevede espressamente la

¹³⁸ V. Bove, Messa alla prova per gli adulti: una prima lettura della L. 67/2014, in www.diritto penale e contemporaneo.it 25 giugno 2014

possibilità di separare i processi se «[...] per una o più imputazioni, è stata disposta la sospensione del procedimento».

Ad esempio, ove si accogliesse l'esegesi proposta dalla Suprema Corte, il rito non sarebbe ammissibile neppure in un caso in cui un giudice di merito ritenga di poter compiere una prognosi positiva sulla risocializzazione di un imputato, nei cui confronti si proceda, oltre che per il reato per cui si richiede l'ammissione alla prova, solo per un ulteriore delitto punito con una pena appena superiore ai limiti edittali di cui all'art. 168 *bis* c.p.

Pertanto, pur essendo indubbio che il giudice di merito, nella valutazione sulla concedibilità della messa alla prova, debba tener conto anche del fatto che sia contestato nei confronti del richiedente un reato non rientrante tra quelli ricompresi nel catalogo di cui all'art. 168 *bis* c.p., pare si possa ipotizzare un'alternativa all'approccio astratto e "assolutista" proposto dalla Cassazione: sembra che il dato normativo consenta di effettuare una valutazione concreta, che permetterebbe al giudice di ammettere parzialmente il richiedente al rito, ove ritenga possibile effettuare, in base agli elementi effettivamente disponibili, una prognosi positiva sulla rieducazione dell'interessato.

Senza contare che, seguendo una visione maggiormente improntata alla singola vicenda processuale, si riuscirebbe a tener conto delle diverse caratteristiche delle imputazioni per cui non sia concedibile la messa alla prova, quali, ad esempio, la differente pena edittale per essere astrattamente irrogabile, oppure la possibilità di emanare una pronuncia *ex art. 129 c.p.p.*, similmente a quanto accade, ad esempio, in tema di emissione di decreto penale di condanna o di patteggiamento.

In tali ipotesi infatti, se il g.i.p. ritiene che, dagli atti, pur non risultando la prova positiva dell'innocenza della persona sottoposta ad indagini, risulti viceversa quella negativa (relativamente alla colpevolezza), si ritiene che [egli] debba emettere sentenza di proscioglimento, e non restituire gli atti al p.m. (il quale, tra l'altro, ha la possibilità di ottenere una nuova riflessione sul tema proponendo ricorso per cassazione)¹³⁹.

Ritornando all'analisi della possibilità o meno della messa alla prova parziale, ritenendosi essa astrattamente ammissibile, bisognerebbe fare applicazione dell'art. 18 c.p.p., con la conseguenza che il giudice potrebbe negare il beneficio non solo per ragioni legate all'impossibilità concreta di operare una positiva prognosi rieducativa del richiedente, ma anche quando la riunione dei processi sia assolutamente necessaria per l'accertamento dei fatti.

Richiesta ed ammessa la sospensione del procedimento solo per alcuni reati di un medesimo procedimento penale, si pone la questione se il giudice che si è pronunciato sulla messa alla prova e che successivamente ha emesso la sentenza di estinzione dei reati (in caso di esito positivo della prova), sia diventato incompatibile rispetto agli altri reati.

¹³⁹La S.C. ha precisato che la tesi, per la quale, in entrambi i riti suddetti, è possibile, anzi doveroso, prosciogliere ex art. 129 c. 1° c.p.p. allorché si accerti la mancanza assoluta della prova, non contrasta con la tesi secondo cui il procedimento per decreto e quello di applicazione della pena su richiesta escludono, per loro natura, che il giudice possa e debba dare risalto, in applicazione dell'art. 129 c. 1° c.p.p. , alla mancanza, oltre che alla insufficienza e alla contraddittorietà della prova. Cfr S.U. 9.6.95, p.p. in c. Cardoni, C.pen 96, 437. In precedenza, nello stesso senso, C. 7.7.93 p.m. in C. Pisana, ivi 95, 653.

Secondo parte della dottrina ¹⁴⁰ dipende dal tipo di cognizione che si attribuisce al giudice della messa alla prova. Se si propende per una cognizione sommaria non vi e' incompatibilita' perche' il giudice che pronuncia sentenza di estinzione non compie nessun vaglio sul merito.

Tuttavia e' piu' plausibile ritenere che egli compia una valutazione nel merito, dato che puo' prendere visione del fascicolo del pm, soprattutto per calcolare la durata del lavoro di pubblica utilita'. Inoltre il giudice deve compiere un vaglio in ordine alle cause di proscioglimento nel merito, secondo il disposto dell'art. 129, c. 2°c.p.p. (quando dagli atti risulta che il fatto non sussiste, che l'imputato non lo ha commesso, o che il fatto non costituisce reato, o non e' previsto dalla legge come reato il giudice pronuncia sentenza di assoluzione o di non luogo a procedere con la forma prescritta).

Per questi motivi, nel caso di messa alla prova parziale, il giudice che ha ammesso la prova e poi si e' pronunciato sulla stessa dovrebbe ritenersi incompatibile a giudicare gli altri reati connessi, o il reato per il quale aveva ammesso la prova ma rispetto al quale poi abbia revocato l'ordinanza.

¹⁴⁰ M. Letizia Galati L. Randazzo “ La messa alla prova nel processo penale. Le applicazioni pratiche della l. 67/2014 Giuffre', Milano 2015 pag. 87

CAPITOLO IV: LA DECISIONE DEL GIUDICE

- 4.1 La discrezionalità del giudice circa la richiesta di sospensione del processo con messa alla prova.
- 4.2 Gli atti che fondano la decisione di ammissione alla prova.
- 4.3 L'esecuzione dell'ordinanza di sospensione.
- 4.4 L'impugnazione dell'ordinanza di sospensione.

4.1 La discrezionalità del giudice circa la richiesta di sospensione del processo con messa alla prova

La richiesta dell'imputato di sospensione del procedimento con messa alla prova, corredata dal consenso del pubblico ministero se presentata nel corso delle indagini preliminari, introduce una fase incidentale le cui scadenze sono disciplinate all'art. 464-*quater* c.p.p.

Ai sensi dell'art. 464-*quater* comma° 1, c.p.p., non e' escluso che il giudice possa pronunciare sentenza di proscioglimento a norma dell'art. 129 c.p.p., per cui, con la sospensione del procedimento, il giudice motiva anche sulla insussistenza delle condizioni per la pronuncia di una decisione di proscioglimento.

Prima di dare inizio al procedimento incidentale il giudice svolge un vaglio preliminare sulla richiesta proposta dall'imputato, verifica infatti che l'imputato, in base all'art. 168-*bis*, comma 4 °, c.p., non abbia gia' beneficiato della misura ne' sia stato dichiarato delinquente o contravventore abituale, professionale o per tendenza.

Se la richiesta proposta dall'imputato venga avanzata in un procedimento a carico di piu' imputati, si puo' rendere

necessaria un'ordinanza di separazione *ex art. 18*, comma 1°, lett. b), c.p.p..¹⁴¹

Dato che la richiesta di sospensione puo' essere presentata nel corso dell'udienza preliminare o in dibattimento essa viene trattata in un'udienza in cui partecipano le parti, cioe' l'imputato, il suo difensore ed il pm, oltre che la persona offesa, che potrebbe, infatti, essersi costituita parte civile.

Questa udienza dovrebbe seguire, senza soluzione di continuita', la fase della costituzione delle parti, in quanto, subito dopo tale momento, e a meno che non intenda proporre questioni preliminari, l'imputato formula richiesta di sospensione e allega alla richiesta una attestazione rilasciata dall'U.E.P.E. di presentazione di elaborazione del programma di trattamento.

Se la richiesta all' U.E.P.E. e' stata tempestivamente presentata, e' possibile che gia' nel corso della stessa udienza il giudice decida sulla richiesta di sospensione; in base all'art. 141- *ter* disp. att. c.p.p. infatti, terminata l'apposita indagine socio familiare, l'U.E.P.E. trasmette al giudice il programma, unitamente alla risultanze delle indagini stesse e le considerazioni in merito alle possibilita' economiche ed alla fattibilita' della attivita' di mediazione.

¹⁴¹ Secondo Trib. Torino, ord 25 maggio 2014, richiamata da G. Negri, Per i processi in corso scatta la messa alla prova, in *Il Sole 24 Ore*, 6.6.2014, n. 153, p.48 sebbene la giurisprudenza della Corte di Cassazione, con riferimento alla applicazione della pena su richiesta, escluda soluzioni differenziate in caso di giudizi oggettivamente cumulativi, per quanto concerne la messa alla prova la differente conclusione sarebbe possibile tenuto conto che non esiste solo un'esigenza di riduzione processuale, ma anche di risocializzazione dell'autore del reato oltre che di rinuncia alla pretesa punitiva da parte dello Stato in caso di esito positivo della prova, sicche' sarebbe " diritto dell'imputato, anche in assenza di un concreto beneficio deflattivo per il sistema giudiziario, quello di vedere estinto anche uno dei reati a lui contestati."

La seconda parte dell'art. 464-*quater* comma 1°, c.p.p. dispone che il giudice possa comunque rinviare ad una nuova udienza in camera di consiglio, della cui fissazione e' dato avviso alle parti ed alla persona offesa.

La norma richiama l'art. 127 c.p.p. che rimanda ad un modello caratterizzato da un " contraddittorio debole"¹⁴² che non appare conciliabile specie se si considera che il pm e gli altri destinatari dell'avviso di fissazione dell'udienza camerale nonche' i difensori sono sentiti se compaiono.

L'art. 464-*quater* c.p.p. comma 2° c.p.p. dispone che il giudice decide, sentite le parti e la persona offesa: nel caso che l'imputato pero' non sia comparso all'udienza dibattimentale ovvero a quella in prosiegua in camera di consiglio egli sara' considerato assente, secondo la nuova formulazione di cui all'art. 420 *bis* comma 1° c.p.p. e dunque, rappresentato dal suo difensore.

Il giudice, attraverso l'audizione, acquisisce i pareri, non vincolanti, in ordine alla idoneita' del programma di trattamento elaborato e sulla non pericolosita' sociale dell'imputato e poiche' la messa alla prova, *ex art. 168 bis* c.p.p., comporta anzitutto la riparazione delle lesioni dei beni di cui e' portatrice la persona offesa, e' probabile che sara' proprio il parere di quest'ultima a pesare in maniera significativa sulla decisione del giudice.

In caso di ammissione, il provvedimento del giudice disporra' la sospensione del processo, fissando il termine di durata della prova, e l'affidamento dell'imputato ai servizi sociali per lo svolgimento del programma concordato con l'imputato e approvato dall'organo giurisdizionale.

¹⁴² G. Di Chiara, Il contraddittorio nei riti camerali, Giuffre' Milano 1994, p. 165 ss.

Una delle difficoltà applicative dell'istituto è quella relativa alla durata del programma predisposto: sul punto il giudice interverrà con una determinazione della durata più adeguata al caso singolo, soprattutto per quei reati per i quali vi è una rilevante divaricazione tra minimo e massimo e che si presentino di modesto disvalore.

In questo senso il giudice potrà inoltre impartire le prescrizioni necessarie all'U.E.P.E., anche se esse non sembrano indispensabili perché, ai sensi dell'art. 141 *bis* comma 4° disp. att. c.p.p., tale ufficio deve comunque riferire al giudice, ogni tre mesi, i risultati della prova.

La valutazione che il giudice della messa alla prova dovrà fare è pertanto fortemente discrezionale, necessariamente collegata ai criteri fissati dal legislatore per l'applicazione della pena (gravità dell'imputazione, condotta dell'indagato, modalità di riparazione e/o di risarcimento del danno). Per questo motivo, potrebbe essere utile per il giudice acquisire il fascicolo del pubblico ministero, come avviene nel caso del giudizio abbreviato o di applicazione della pena su richiesta delle parti¹⁴³. L'organo giurisdizionale, infatti, si troverà a dover valutare la gravità in concreto del fatto e nel farlo dovrà valutare, caso per caso, il comportamento tenuto dall'imputato che ha chiesto l'ammissione alla prova e verificare se il programma di trattamento proposto sia adeguato alla gravità dell'azione in concreto tenuta.

¹⁴³ M.Letizia Galati L. Randazzo La messa alla prova nel processo penale, le applicazioni pratiche della l. 67/2014 Milano, 2015, pag. 90, ma, *contra*, V. Bove, Messa alla prova per gli adulti: tra prime applicazioni, vuoti normativi e criticità, i provvedimenti adottabili dal giudice, la quale esclude che il giudice possa prendere visione degli atti del fascicolo del pm, in quanto nessuna disposizione lo consente. Per converso, vi è una norma apposita, l'art. 141 *ter*, comma 2, disp. att. c.p.p. in base al quale l'imputato che richieda il beneficio è tenuto a depositare in allegato alla richiesta gli atti rilevanti del procedimento penale solo ed esclusivamente presso l'U.E.P.E.

Inoltre al giudice è rimessa la valutazione, seppur delineata in negativo, sulla responsabilità penale dell'imputato e, solo successivamente, sulla richiesta, poiché il previo accertamento del fatto penalmente rilevante e della responsabilità dell'imputato in ordine allo stesso costituisce un presupposto implicito della misura¹⁴⁴.

La l. 67/2014 lascia all'organo giurisdizionale la valutazione, non solo della personalità dell'imputato, ma anche dell'idoneità del progetto di prova, ovvero, la sua capacità ad assecondare le istanze punitive, retributive, riparatorie e inibitorie in modo da escludere la recidiva dell'imputato. Essa offre al giudice un ampio spazio decisionale: il legislatore infatti conferisce all'organo giurisdizionale poteri "istruttori"¹⁴⁵ da esperire per acquisire le informazioni ritenute necessarie.

Proprio al fine di decidere sulla richiesta di sospensione del procedimento e di messa alla prova, l'art. 464-bis comma 5° c.p.p. prevede la possibilità per il giudice di acquisire, tramite la polizia giudiziaria, i servizi sociali o altri enti pubblici tutte le ulteriori informazioni che egli reputi necessarie, anche inerenti alle condizioni di vita personale, familiare, sociale ed economica dell'imputato.

In tal caso i soggetti destinatari della richiesta "istruttoria" sono tutti quei soggetti che, per ragioni di servizio, anche legate al territorio in cui vivono l'imputato o la sua famiglia, sono in grado di fornire informazioni necessarie al giudice. I destinatari della richiesta del giudice non sono consulenti o periti, ma uffici di polizia giudiziaria, servizi sociali ed enti pubblici.

¹⁴⁴In tal senso, A. Marandola, op.cit., in *Diritto penale e processo*, 674 ss.

¹⁴⁵Cit., M. Montagna (2014), *Sospensione del procedimento con messa alla prova e attivazione del rito*, in *Le nuove norme sulla giustizia penale*, 399 ss.

Queste previsioni, sempre secondo quanto previsto dalla norma accennata, devono poi essere portate a conoscenza del pubblico ministero e del difensore in modo tempestivo.

Il giudice diventa parte attiva nel sollecitare informazioni indispensabili per la valutazione complessiva della situazione personale dell'imputato. Il secondo aspetto che si può trarre dalla norma è dato dalla particolare valenza "processuale" riconosciuta ad informazioni concernenti l'ambito personale, familiare e socio-economico vissuto dall'imputato.

Non si tratta di perizia criminologica, vietata dall'art. 220 c.p.p., ma le informazioni cui fa riferimento l'art. 464 *bis* comma 5° c.p.p. possono includere molte conoscenze tipiche di un accertamento psico-criminologico.

L'organo giurisdizionale dispone con ordinanza motivata, ex art. 125 c.p.p., a pena di nullità: essa ha una motivazione pressoché predeterminata in quanto il giudice deve specificare con esattezza (in ossequio allo slogan "*della prova delle tre erre*"¹⁴⁶: riparazione, rieducazione e retribuzione), le prescrizioni adottate in ordine alle modalità e ai tempi di eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose derivanti dal reato e dell'adempimento delle condotte riparatorie, risarcitorie e restitutorie nei confronti della vittima; alle modalità di svolgimento dei rapporti coi servizi sociali per quanto attiene le prescrizioni riguardanti il lavoro di pubblica utilità, la dimora e la libertà di movimento; le attività di volontariato di rilievo sociale che l'imputato dovrà svolgere ed infine alle eventuali condotte volte a promuovere la mediazione con la persona offesa.

Quanto alla durata della sospensione, essa, a norma dell'art. 464-*quater* comma 5° c.p.p., non può eccedere i due anni per i

¹⁴⁶ a cura di A. Diddi in N. Triggiani, cit. pag. 116

reati sanzionati con pena detentiva (sola, congiunta o alternativa alla pena pecuniaria) ed un anno per i reati puniti con pena pecuniaria, decorrenti dalla sottoscrizione del verbale di messa alla prova; si tratta di un termine massimo, essendo lasciata al giudice ogni determinazione in ordine ai tempi e termini in concreto di messa alla prova, sulla base del programma di trattamento elaborato dall'ufficio di esecuzione penale esterna.

Allo scopo di offrire agli operatori del diritto indicazioni operative in merito alle applicazioni temporali alcuni tribunali hanno elaborato linee guida¹⁴⁷ con indicazioni pratiche: ad esempio il Tribunale di Milano ha predisposto una tabella, suddividendo i reati per fasce, facendo riferimento alla pena edittale massima prevista per i reati per i quali l'istituto è applicabile. Il massimo è stato individuato in 18 mesi (a fronte di una previsione di legge, come detto, di 2 anni), per mantenere la possibilità di proroga da parte del giudice, ove necessario e come previsto.

Inoltre al giudice, anche all'esito delle informazioni assunte ex art. 464 *bis*, comma 5° c.p.p. , è dato di modificare o integrare il programma .

Come già detto la regolamentazione della legge 67/2014 è improntata al principio del contraddittorio e al principio consensualistico, anche se in parte.

La omissione dei soggetti processuali dai momenti partecipativi integra nullità generale ex art. 178 c.p.p.

Ed infatti, se l'imputato è presente all'udienza camerale nella quale il giudice abbia disposto le modificazioni, *nulla quaestio*.

¹⁴⁷ Tribunale di Milano, approvate l'8 luglio 2014; Tribunale di Torino il 7 novembre 2014; Tribunale di Firenze il 17 dicembre 2014; Tribunale di Roma il 29 dicembre 2014 in www.camerapenalemilano.it

Ove invece egli non sia presente non sembra ipotizzabile ritenere che l'impegno ad adempiere alle prescrizioni possa essere assunto dal difensore, anche se munito di procura speciale, trattandosi di atti personalissimi non delegabili.

In questi casi sembrerebbe ragionevole ipotizzare un rinvio di udienza, volto ad ottenere la presenza e l'adesione dell'imputato, anche se, dato che non sono richieste formalità particolari, non è escluso che il consenso possa essere fatto pervenire per iscritto dall'imputato tramite il difensore.

Questo per quanto attiene la fase di udienza all'esito della quale il giudice può con ordinanza, "integrare o modificare il programma di trattamento , con il consenso dell'imputato" (art. 464 *quater* 4° c. c.p.p.).

Dalla lettura combinata degli articoli 464 *quater* 4° c. c.p.p. (modificazioni/ integrazioni con il consenso dell'imputato), e 464 *quinquies* 3° c. c.p.p. (esecuzione dell'ordinanza di sospensione) tuttavia si evince una distonia del ruolo e dell'"importanza" dell'imputato in fase di elaborazione ed in fase di esecuzione della prova.

Se la partecipazione dell'imputato è certamente decisiva nella fase di elaborazione, ed il contraddittorio è " pieno", meno rilevante appare sicuramente la partecipazione dell'imputato rispetto al potere del giudice, quando al giudice è dato di " modificare con ordinanza le prescrizioni originarie, ferma restando la congruità delle nuove disposizioni, rispetto alla finalità di messa alla prova" (art. 464 *quinquies* c. 3 ° c.p.p. in fase cioè di esecuzione dell'ordinanza di sospensione).

Queste modifiche presuppongono solo la consultazione (obbligatoria ma non vincolante), ma non il consenso dell'imputato ; il questa particolare fase processuale l'imputato non gode di particolari garanzie avverso modifiche

potenzialmente unilaterali che potrebbero, in teoria, rivelarsi particolarmente afflittive.

C'è da chiedersi perché il legislatore abbia previsto, in sede di integrazione/modifica (art. 464 *quater* 4°c. c.p.p.), il necessario consenso dell'imputato, mentre in sede di esecuzione, la più delicata, dal consenso di prescinde, anzi, il parere (e non il consenso) dell'imputato è necessario ma non vincolante¹⁴⁸, e la volontà dell'imputato perde, in qualche modo, rilievo¹⁴⁹.

C'è da notare che il testo approvato dalla Camera disponeva che questa modifica delle prescrizioni dovesse avvenire con il consenso dell'imputato e sentito il pubblico ministero. Il Senato invece ha modificato il testo della Camera e ha disposto che “ogni modifica deve essere apportata sentiti l'imputato e il pubblico ministero” (art. 464 *quinquies* 3°c. c.p.p.).

La formulazione della norma approvata in via definitiva, col riferimento alla necessità di “sentire le parti”, senza dover ottenere il consenso dell'imputato rende senza dubbio più agevole per il giudice modificare, in corso d'opera, il programma, e forse, nell'ottica del legislatore, ha inteso essere un “accomodamento” in termini di economia processuale.

Quale può essere, però, il rimedio, offerto all'imputato o al pubblico ministero, avverso le modifiche in corso d'opera?

¹⁴⁸ Esame in Commissione del 6 febbraio 2014 deputata D. Ferranti, cit. pag. 32.

¹⁴⁹ Nel *probation* minorile, dove risulta primario l'obiettivo di rieducazione e di recupero del minore “deviante”, il consenso deve essere considerato più che un elemento formale ma una concreta accettazione della prova, peraltro già manifestata ai servizi sociali in fase di elaborazione del progetto. Il consenso cioè, inteso come accettazione consapevole dell'esperimento, determinata dalla comprensione della convenienza della prova, non può mancare e anche se, nelle norme relative all'istituto del *probation* non si fa nessun riferimento al consenso (infatti nell'art. 28 DPR 448/88 è presente solo l'inciso “sentite le parti”) si evince che il provvedimento ha un fondamento dialettico che non può essere imposto autoritativamente dal giudice, ma “presuppone lo svolgimento di una attività sinergica tra soggetti che interagiscono nella misura, e quindi anche il coinvolgimento del minore. La disciplina minorile, pur non prevedendo un consenso espresso, esige la “non opposizione” dell'imputato, rispetto ad una statuizione adottabile dal giudice anche d'ufficio. E. Lanza, cit. pag. 70 vd retro. nota n. 55

Un Autore¹⁵⁰ ritiene che il rimedio possa essere rinvenuto nell'incidente di esecuzione regolato dall'art. 665 c.p.p., ma questo dovrebbe far considerare la messa alla prova come un “provvedimento esecutivo” e l'art. 676 c.p.p. offre una elencazione tassativa delle competenze del giudice dell'esecuzione (tra le quali non c'è quella di sostituirsi al giudice della cognizione per censurare la congruità delle di lui [del giudice di cognizione] modifiche).

A fronte di questi interventi unilaterali del giudice può essere che l'imputato non possa “adempiere” alle nuove prescrizioni e quindi si ponga nelle condizioni di vedersi revocata la messa alla prova. A questo punto lo strumento processuale che l'imputato potrà utilizzare è il ricorso per cassazione avverso l'ordinanza di revoca. Tale ricorso è limitato, peraltro, al vizio della violazione di legge. (art. 464 *octies* comma 3° c.p.p.).¹⁵¹

4.2 Gli atti che fondano la decisione di ammissione alla prova

L'art. 464-*quater* comma 3, c.p.p. prevede che la sospensione del procedimento con messa alla prova è disposta quando il giudice, in base ai parametri di cui all'art. 133 c.p.p., reputa idoneo il programma di trattamento presentato e quando ritiene che l'imputato si asterrà dal commettere ulteriori reati.

¹⁵⁰ R. Piccirillo, Le nuove disposizioni in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova, nella relazione dell'Ufficio del Massimario della Cassazione sulle nuove disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili introdotte dalla legge n. 67/2014, p. 24.

¹⁵¹ G.L.Fanuli L'istituto della messa alla prova ex lege 28 aprile 2014, n. 67. in Arch. n.proc.pen.2014,5, p. 427.

Come è stato ben detto, «in tanto il progetto di prova è idoneo, in quanto si può pronosticare che sia tale da indurre l'imputato a non violare ulteriormente la legge penale ¹⁵²» .

E' stato ulteriormente aggiunto, in sede di elaborazione del Senato che, al fine di esprimere un giudizio circa la commissione di ulteriori reati, al giudice spetterà anche valutare che il domicilio eletto dall'imputato sia tale da assicurare la tutela della persona offesa.

Il giudice è chiamato a decidere sulla messa alla prova sulla base di quegli elementi che sono in buona parte presenti nel programma di trattamento elaborato dall'U.E.P.E.

Tale programma di trattamento contempla, giova ricordarlo, una serie di attività, prescrizioni e condotte, che rispondono alle caratteristiche proprie della messa alla prova, e che si sostanziano nella modalità di reinserimento sociale, che coinvolgono l'imputato e la sua famiglia, sempre che ciò sia necessario e sia di fatto possibile;

Si sostanziano inoltre in prescrizioni comportamentali (anche inerenti la dimora, la libertà di movimento, il divieto di frequentare determinati locali) e gli altri impegni specifici (tra cui le condotte riparatorie, restitutorie o risarcitorie, il volontariato), nonché prescrizioni attinenti il lavoro di pubblica utilità ed in condotte di mediazione con la persona offesa (se ed ove possibile).

In altri termini, il programma di trattamento ingloba in sé tutte le prescrizioni (comprese anche quelle relative al lavoro di pubblica utilità, oltre che alla mediazione, alle condotte riparatorie e risarcitorie) di cui si compone la messa alla prova e

¹⁵² Così' C. Cesari, La sospensione del processo con messa alla prova: sulla falsariga dell'esperienza minorile, nasce il *probation* processuale per gli imputati adulti, in LP 2014, 516 ss.

di ciò il giudice, nel provvedimento di sospensione del procedimento, dovrà dare, sia pur sinteticamente, conto.

Il legislatore ha così inteso assicurare maggiori garanzie di giurisdizionalità nel procedimento di definizione trattamentale, individuando nel giudice l'organo chiamato a determinare in via definitiva i contenuti del *probation*, ed infatti deve anche valutare che il lavoro di pubblica utilità sia rispondente alle caratteristiche imposte dal legislatore.

Sotto questo profilo, infatti, se le prestazioni di condotte riparatorie e risarcitorie sono eventuali e se esse, come anche l'affidamento dell'imputato al servizio sociale per lo svolgimento del programma, non si discostano di molto dall'omologo istituto del processo minorile, la prestazione di lavoro di pubblica utilità ha delle peculiarità che la differenziano dalle altre forme di lavoro di pubblica utilità conosciute e merita un'attenzione particolare perché si tratta di una sanzione vera e propria.

Oltre alle prescrizioni contenute nel programma di trattamento potranno aggiungersi le informazioni richieste dal giudice stesso ai sensi dell'art. 464-bis comma 5° c.p.p

Ai sensi di tale articolo, le informazioni raccolte dal giudice devono essere portate "tempestivamente" a conoscenza del pubblico ministero e del difensore dell'imputato; nonostante la mancata previsione nella norma circa le modalità, si ritiene che i relativi risultati debbano essere depositati presso la cancelleria del giudice e che alle parti si debba dare avviso del deposito, in modo da poter prenderne visione ed estrarne copia.

Benché il programma di trattamento sia una componente essenziale nella valutazione del giudice ai fini dell'ammissione della prova, l'organo giurisdizionale deve disporre la sospensione del procedimento e ammettere alla prova soltanto

quando ritiene che l'imputato si asterrà dal commettere ulteriori reati.

Nell'ambito del *probation* per gli imputati adulti, la prognosi di non recidiva comporta un'indagine riguardante la personalità del soggetto coinvolto. Mentre la messa alla prova del minore è incentrata sulla evoluzione della personalità, questo concetto appare più sfumato nel *probation* per gli imputati maggiorenni.

L'art. 29 DPR 488/88 richiama l'attenzione del giudice, una volta che sia trascorso il periodo di prova, sulla verifica del comportamento tenuto dall'imputato e sulla sua personalità, che nel frattempo deve essersi strutturata verso modelli che escludano la devianza.

Per gli imputati adulti invece l'art. 464 *bis* comma 4° lett. a c.p.p.), rimanda all' "ambiente di vita", alle "condizioni di vita personale, familiare, sociale, ed economica" quali informazioni acquisibili dal giudice, ma la "personalità" non viene mai evocata come elemento di indagine rilevante ai fini del *probation*.

Nonostante non sia espressamente citata, la valutazione circa la personalità dell'imputato adulto che chiede la sospensione del processo con messa alla prova, svolgerà comunque un ruolo importante nell'ambito del giudizio di ammissione alla prova. Ciò si verificherà, nella parte di giudizio in cui il giudice dovrà effettuare la valutazione prognostica su comportamenti devianti futuri (art. 464 *quater* comma 3° c.p.p.).

La verifica si dovrà fondare in base ai parametri fissati dall'art. 133 c.p. e, quindi secondo i "classici" criteri volti ad individuare un'adeguata sanzione penale¹⁵³.

¹⁵³ M. Montagna, I confini dell'indagine personologica nel processo penale, Roma, 2013, 55 ss. e 149 ss.

Si e' cosi' previsto, anche per questo istituto, quanto gia' contemplato per la concessione del perdono giudiziale al minore (art. 169, comma 1°c.p.), e per la concessione della sospensione condizionale della pena (art. 164 comma 1°c.p.).

Qui ritroviamo un'altra delle differenze rispetto al parallelo istituto minorile: in questo caso il giudizio sul comportamento che l'imputato potra' tenere in futuro e' svolto all'esito del periodo di prova. Nel caso degli adulti invece la valutazione prognostica e' svolta prima rispetto all'ammissione alla prova.

Questa caratteristica potrebbe, nella prassi applicativa, incidere negativamente sul funzionamento dell'istituto, portando ad indifferenziate applicazioni dello stesso, cosi' come in parte si e' verificato con la sospensione condizionale della pena, la cui finalita' e' poi, nella prassi operativa, risultata alterata¹⁵⁴.

La gravità del reato da un lato e la capacità a delinquere del "colpevole" dall'altro, (ex art. 133 commi 1° e 2° c.p.) saranno i parametri alla cui stregua dovra' muoversi la valutazione dell'organo giurisdizionale¹⁵⁵ nel valutare l'idoneita' del trattamento e nell'effettuare la prognosi circa la non commissione di altri reati da parte dell'imputato.

¹⁵⁴ Sul punto, criticamente, F. Caprioli, Due iniziative di riforma nel segno della deflazione: la sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato maggiorenne e l'archiviazione per particolare tenuita' del fatto in Cass. Pen., 2012, pag. 10

¹⁵⁵ Questo accertamento di responsabilita' viene condotto dal giudice, evidentemente, sulla base degli atti contenuti nel fascicolo del p.m. che, secondo quanto disposto dall'art. 433 c.p.p ha un contenuto residuale, in quanto vi sono raccolti gli atti "diversi" da quelli inseriti nel fascicolo per il dibattimento. In tale fascicolo entra la documentazione di tutti gli atti compiuti dal p.m e dalla polizia giudiziaria e gli atti acquisiti all'udienza preliminare unitamente al verbale dell'udienza. Infine nel fascicolo del p.m. confluisce anche il fascicolo del difensore. Il fascicolo del p.m. è conosciuto dalle parti e non dal giudice del dibattimento. Di regola, gli atti contenuti in questo fascicolo non possono essere letti e, quindi, non possono essere utilizzati per la decisione.

Qualora il giudice si dovesse trovare ad esprimere un giudizio prognostico negativo, l'ammissione alla sospensione del processo con messa alla prova sarà preclusa;

inoltre nell'ordinanza si dovrà dar conto della "valutazione se la condotta deviante sia espressiva di un sistema di vita o soltanto di un disagio transeunte, benché manifestato con la reiterazione di condotte illecite"¹⁵⁶.

Nel caso di ordinanza reiettiva, ai sensi del comma 9° art. 464-*quater* c.p.p., gli esiti dipendono dalla fase e dal rito in cui si incardina il procedimento di ammissione della prova.

Se la richiesta di messa alla prova è stata presentata in corso di indagine, l'organo giurisdizionale che eventualmente la respinge trasmette gli atti al pubblico ministero per l'esercizio dell'azione penale nelle forme ordinarie e la prosecuzione del processo.

Nel caso in cui la richiesta di messa alla prova sia stata rigettata nel procedimento ordinario, essa potrà essere riproposta prima della dichiarazione di apertura del dibattimento.

Invece, in caso di richiesta con opposizione a decreto penale, il giudice che la respinge darà corso all'opposizione, emettendo decreto di giudizio immediato.

Ad ogni modo il rigetto della richiesta di ammissione alla messa alla prova consente all'imputato la possibilità di attivare un controllo successivo ad opera di un secondo giudice; pertanto, nel caso in cui la richiesta sia stata rigettata nel corso delle indagini preliminari potrà essere "rinnovata" prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado (*ex* art. 464-*ter* comma 4° c.p.p.);

¹⁵⁶ Cass., sez. III, 22 Ottobre 2008, S., in CED Cass.,241805.

invece, la richiesta sarà "riproposta" in ogni altro caso (art.464-*quater* comma 9° c.p.p.) sempre nel rispetto del termine finale dato dalla dichiarazione di apertura del dibattimento.

Quindi entrambe le norme prevedono lo stesso percorso, ovvero, che l'imputato si trovi di fronte la possibilità di chiedere ad un nuovo organo giudicante di verificare la fondatezza dell'istanza originariamente presentata e respinta nella fase precedente.

Per l'istanza eventualmente presentata nel corso delle indagini preliminari, la rinnovazione potrebbe alludere alla possibilità di presentare nuovamente la richiesta con contenuti diversi, poiché si terrebbe conto delle ragioni della precedente decisione negativa: in tal caso il termine per presentarla è fissato nella dichiarazione di apertura del dibattimento o entro la chiusura dell'udienza preliminare.

Invece, nelle altre ipotesi il richiamo alla "riproposizione" dell'istanza sembra fare riferimento alla richiesta stessa, non modificata¹⁵⁷ che può essere riproposta nel giudizio, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento (comma 9° art.- 464-*quater* c.p.p.).

4.3 L'esecuzione dell'ordinanza di sospensione

Una volta che il giudice abbia disposto con ordinanza la sospensione del procedimento con messa alla prova, occorre darvi esecuzione.

Ai sensi dell'art. 464-*quinquies* comma 1° c.p.p., nella relativa ordinanza, il giudice stabilisce il termine di adempimento delle

¹⁵⁷ C. Cesari., cit., pag. 419.

prescrizioni e degli obblighi relativi alle condotte riparatorie o risarcitorie imposte all'imputato.

Se si fosse in ambito civilistico questo termine potrebbe essere definito come essenziale ai fini dell'esito positivo della prova, concretandosi alla scadenza di esso, senza che il soggetto abbia dato seguito alle prescrizioni, un'ipotesi di inadempimento.

In sede processuale penale invece, l'inadempimento concreta l'ipotesi di esito non positivo della prova.

Questo termine, fissato dal giudice per l'adempimento, non sembra coincidere con quello previsto per la prova; infatti, si tratterebbe di un termine "interno", previsto a garanzia di efficienza e celerità, in risposta alla domanda di giustizia della persona offesa o danneggiata e tenendo conto dei tempi potenzialmente lunghi del *probation*.

Tale termine è suscettibile di proroga su richiesta dell'imputato, ma non più di una volta e soltanto ove sussistano gravi motivi.

Tale disposizione, ancora una volta, mira a garantire che la messa alla prova si concluda entro scansioni temporali ben delimitate. Al fine di evitare che le difficoltà economiche incontrate dall'imputato ammesso alla prova possano costituire motivo di esito negativo della stessa, la legge consente al giudice di autorizzare il pagamento rateale delle somme eventualmente dovute a titolo di risarcimento del danno (art. 464-*quinquies* comma 1° c.p.p.).

Per dare esecuzione al provvedimento del giudice, l'ordinanza è immediatamente trasmessa, a cura della cancelleria del giudice competente, all'U.E.P.E. presso il quale dovrà essere sottoscritto il relativo verbale di accettazione.

In analogia alla prassi di cui all'art. 47 O.P., l'imputato si recherà all'U.E.P.E. entro 10 gg. dalla comunicazione del

provvedimento per la sottoscrizione del verbale dalla data del quale decorre la messa alla prova. Copia del suddetto verbale sarà inviata al giudice competente.

Agli U.E.P.E. spettano la redazione del programma di trattamento a richiesta dell'imputato, la trasmissione dello stesso al giudice, la sorveglianza sulla messa alla prova, l'informazione al giudice sul suo andamento e l'indicazione su prestazioni ulteriori da applicare, la proposta di abbreviazione o, in caso di grave e reiterata trasgressione, di revoca della messa alla prova.

A questi uffici e' praticamente demandata qualunque decisione circa l'utilita', la praticabilita' la gestione, il controllo dell'andamento e degli esiti della messa alla prova: essi sono interlocutori privilegiati sia dell'imputato (che ad essi si rivolge per la predisposizione del programma trattamentale), che del giudice (destinatario dell'attivita' informativa periodica e delle proposte di modifica del programma e di revoca del provvedimento sospensivo), e di fatto condizionano tanto l'accesso alla misura quanto la valutazione degli esiti.

Svolgendo le funzioni dei servizi sociali per la messa alla prova, gli U.E.P.E" lungi dall'essere ausiliari del giudice o meri esecutori dei suoi provvedimenti, sono i veri registi dell'intervento di *probation*¹⁵⁸".

Queste argomentazioni inducono a ritenere che il successo della prova passi per gli U.E.P.E., che tuttavia risultano sovraccarichi di incombenze a seguito della introduzione di questo nuovo istituto.

Essi gia' versano in gravi difficolta' a causa della inadeguatezza delle risorse finanziarie con cui fronteggiare " le attribuzioni in

¹⁵⁸ M. Colamussi,, Una risposta alternativa alla devianza minorile, in La messa alla prova, in Working papers p. 242 ss.

materia di misure alternative alla detenzione¹⁵⁹”: ne consegue che l’ulteriore carico di lavoro non può essere sopportato a risorse invariate.

Puntare sugli istituti di *probation*, infatti, implica dotare l’esecuzione penale esterna dei “ supporti socio assistenziali necessari per garantire effettività alle finalità rieducative che non possono rimanere scritte solo nei testi di legge, e questo significa potenziare gli investimenti, perché la prevenzione speciale intra ed extracarceraria costa¹⁶⁰.” solo un maggior numero di personale, motivato e appositamente formato, potrà assorbire la massa di lavoro che inevitabilmente ricadrà sulla amministrazione della giustizia, qualora la messa alla prova non venga svolta in modo ottuso e burocratico¹⁶¹.

Per far fronte a questa grave criticità il legislatore sembra essere ricorso a ripari stabilendo il monitoraggio annuale dell’attuazione delle disposizioni in materia di messa alla prova e la proposta ministeriale, ricorrendone la necessità, di un adeguamento numerico e professionale della pianta organica degli uffici di esecuzione penale esterna¹⁶² da effettuare con apposito provvedimento legislativo, previo stanziamento delle risorse necessarie (art. 7 l. 67/2014)¹⁶³.

L’ U.E.P.E quindi, durante la fase dell’esecuzione dell’ordinanza che mette alla prova l’imputato, svolge un ruolo fondamentale di

¹⁵⁹ R. De Vito, La scommessa in *Questione giustizia*, 2013, n. 6, p. 9 ss.

¹⁶⁰ M. Pellissero, La crisi del sistema sanzionatorio e la dignità negata: il silenzio della politica, i compiti della dottrina, in *Dir. pen. Proc.*, 2013, p. 263.

¹⁶¹ M. Pellissero, La crisi del sistema sanzionatorio e la dignità negata: il silenzio della politica, i compiti della dottrina in cit. 2013, p. 263

¹⁶² F. Giunchedi, in *Probation Italian style in Archivio penale* 2014 n. 3 pag. 7

¹⁶³ In proposito F. Fiorentin, Necessaria una nuova pianta organica degli uffici di esecuzione esterna, osserva:” il rischio è, tuttavia, che non trattandosi di disposizioni che destinano con effetto immediato nuove risorse a rafforzamento degli Uepe, l’istituto della messa alla prova naufraghi nell’attesa di interventi la cui concreta attuazione è, tra l’altro, sempre esposta alle possibili estemporanee conseguenze della spending review”.in *Guida dir.* 2014, n. 21 p. 85.

controllo: dovrà, secondo la cadenza stabilita nel provvedimento di ammissione e comunque entro un tempo non superiore a tre mesi, informare il giudice dell'attività svolta in concreto dall'imputato e del suo comportamento, proponendo, se necessario, modifiche al programma di trattamento, eventuali abbreviazioni o, in caso di grave e reiterata trasgressione, la revoca del provvedimento di sospensione. Alla scadenza del periodo di prova, l'U.E.P.E trasmette al giudice una relazione finale dettagliata sul decorso e sull'esito della prova medesima, concernente l'adempimento da parte dell'imputato sui singoli punti del programma, in modo da offrire al giudicante un parere tecnico sull'esito complessivo della prova.

Durante la fase di esecuzione, l'ordinanza dell'organo giurisdizionale è suscettibile di modifica ad opera del giudice stesso, dopo aver sentito le parti. In particolare, sentiti l'imputato e il pubblico ministero, il giudice può modificare con ordinanza le prescrizioni originalmente fissate nel programma, ferma restando la congruità delle nuove prescrizioni rispetto alle finalità della messa alla prova (*ex art. 464-quinquies* comma 3° c.p.p.).

Inizialmente, nel testo normativo varato dalla Camera in sede di prima approvazione, si prevedeva che tale modifica alle prescrizioni fosse realizzata dal giudice previo consenso dell'imputato e sentito il pubblico ministero.

Successivamente il Senato ha apportato un emendamento, secondo il quale le modifiche in questione possono essere effettuate soltanto "sentiti l'imputato e il pubblico ministero". In questo modo, la formulazione della norma approvata in via definitiva, facendo riferimento soltanto alla necessità di "sentire" le parti, ovvero quella pubblica e quella privata, consente al giudice di poter procedere ad eventuali modifiche alle

prescrizioni originarie senza essere condizionato dal consenso dell'imputato¹⁶⁴.

Tale norma, quindi, riconosce natura “ fluida” o “ mobile” alle prescrizioni dettate dal giudice ex art. 168 *bis*, comma 2° c.p.

Diversa è, invece, la situazione nel caso in cui si volessero compiere integrazioni o modifiche al programma di trattamento (art. 464-*quater* comma 4 c.p.p.).

In tal caso, il legislatore ha previsto come necessario il consenso dell'imputato nell'eventualità che il giudice reputi di dover apportare integrazioni o modifiche al programma di trattamento.

E' necessario coordinare le due norme (artt. 464-*quater* comma 4°, e 464-*quinqies* comma 3°, c.p.p.), in modo da chiarire il rapporto sussistente tra programma di trattamento e prescrizioni del giudice.

In particolare, come detto, il programma di trattamento è identificato in un percorso propositivo elaborato dall'imputato d'intesa con l'ufficio di esecuzione penale esterna e sottoposto al vaglio dell'organo giurisdizionale al fine di essere ammesso alla messa alla prova.

Ai sensi dell'ex art. 464-*bis* comma 4° il programma prevede le modalità di coinvolgimento dell'imputato, ed eventualmente anche del suo nucleo familiare al fine del reinserimento sociale, le prescrizioni comportamentali e gli altri impegni specifici assunti dall'imputato per elidere od attenuare le conseguenze del reato (risarcimento del danno, condotte riparatorie e, restituzioni), nonché eventuali condotte per la mediazione con la persona offesa.

La decisione con cui il giudice ammette la sospensione del procedimento e la messa alla prova all'imputato avrà ad oggetto

¹⁶⁴ Vd. *retro* pagg. 108-110.

in gran parte il programma di trattamento e conterrà prescrizioni e obblighi imposti all'imputato, nonché il termine entro il quale porli in essere.

L'art. 464-*quinquies* comma 3, c.p.p., invece, fa riferimento alle prescrizioni riguardanti le prestazioni risarcitorie o riparatorie contenute nell'ordinanza del giudice: a proposito delle possibili modifiche da effettuare, dovranno essere sentiti l'imputato e il pubblico ministero. Quindi, contrariamente a quanto previsto per le modifiche alle prescrizioni originarie, qualora debbano essere apportate modifiche al programma di trattamento, al giudice non basterà sentire l'imputato, ma avrà bisogno anche del suo consenso (comma 4°, art. 464-*quater* c.p.p.).

Tuttavia l'ordinanza di sospensione del procedimento con la messa alla prova non determina una paralisi assoluta e totale della attività processuale, perché l'art. 464 *sexies* c.p.p. consente, nel periodo di sospensione, "l'acquisizione delle prove non rinviabili", e di "quelle che possono condurre al proscioglimento dell'imputato"¹⁶⁵.

L'espressione "prove non rinviabili" si ritrova nell'art. 467 c.p.p. a proposito degli atti probatori "urgenti" consentiti, nei casi previsti dall'art. 392 c.p.p., nella fase degli atti preliminari al dibattimento.

Questa norma soddisfa l'urgenza di raccogliere prove altrimenti soggette a sicura, o altamente probabile, dispersione: l'impossibilità di rinviare ogni attività in merito alla futura fase dibattimentale pone il problema di evitare "compromissioni

¹⁶⁵ Così osserva M. Chiavario, in relazione alle generalità delle disposizioni sospensive in Sospensione del processo penale, in Enc. Giur. Treccani, XXX, Roma, 1993, 3.

irreversibili della completezza delle fonti informative, necessaria ad una giusta decisione dibattimentale¹⁶⁶”.

Analogamente l’art. 464 *sexies* c.p.p., consentendo l’assunzione di prove deperibili durante il periodo di quiescenza del procedimento, pone un argine al pericolo di dispersione delle stesse.

“Non rinviabili” sono quelle prove caratterizzate da un concreto pericolo di dispersione; la non rinviabilità possiede una connotazione “di tipo naturalistico¹⁶⁷”, anche se spetta al giudice effettuare sempre e comunque una valutazione in concreto sulla non rinviabilità della prova, prima di disporre l’acquisizione.

In omaggio al *favor rei*, l’ art. 464 *sexies* c.p.p., consente l’assunzione di prove funzionali al proscioglimento, similmente a quanto previsto nelle ipotesi di “ accertamenti sulla capacità dell’imputato” (art. 70, c. 2° c.p.p.) e di sospensione del procedimento per incapacità dell’imputato (art. 71, c. 4°, c.p.p.). Quindi, le prove che possono essere rilevanti ai fini del proscioglimento dell’imputato possono essere assunte, nonostante la sospensione del procedimento, anche se siano rinviabili, questo per evitare lungaggini processuali in tutti i casi in cui sia possibile giungere prontamente ad un proscioglimento nel merito dell’imputato¹⁶⁸.

¹⁶⁶ G. Santalucia, Gli atti preliminari al dibattimento, in G. Spangher (diretto da), Trattato di procedura penale, Id. (A cura di, vol IV, t. 2) ..

¹⁶⁷ S. Recchione, sub art. 467, in A. Giarda-G. Spangher (a cura di), Codice di procedura penale commentato, IV ed., t. II, Ipsoa, Milano, 2010, p. 6167 s. 65ss

¹⁶⁸ Un aspetto importante introdotto dalla legge in oggetto (che, tra l’altro, ha cancellato dal nostro ordinamento la figura della contumacia) e’ questo:

il processo deve essere sospeso quando non vi sia la ragionevole certezza che l’imputato ne abbia avuto effettivamente conoscenza (art. 420 *bis* c.p.p.).

Quando manca fin dall’inizio la certezza della conoscenza effettiva del procedimento da parte dell’imputato non presente il giudice rinvia l’udienza per esperire il tentativo di notificazione a cura della P.G. *ex* art. 419 c.p.p. Le ipotesi di sospensione per assenza sono disciplinate dal nuovo art. 420 *bis* c. 4 c.p.p., e sono la scusabile ignoranza del procedimento o lo scusabile ritardo nella comunicazione dell’impedimento assoluto. L’art. 420 *ter* c.p.p. invece disciplina l’ipotesi in cui l’imputato, regolarmente avvisato e a conoscenza del procedimento a suo carico, non

Il meccanismo di acquisizione in questione e' attivabile solo su iniziativa di parte. La persona offesa invece, non rientrando tra le parti private, si ritiene¹⁶⁹ possa stimolare il pm a promuovere la procedura.

L'assunzione delle prove in questione avviene con le modalita' previste per il dibattimento, ma nulla e' previsto in quanto ai termini di formalita' delle comunicazioni alle parti. A tale fattispecie dovra' estendersi, per analogia, almeno nel caso di acquisizione di "prove non rinviabili", il disposto del comma 2° dell'art. 467 c.p.p. che prescrive l'avviso alle parti dell'udienza "almeno ventiquattro ore prima".

L'ordinanza con la quale il giudice provvede sulle prove non rinviabili non e' impugnabile se non congiuntamente alla sentenza, secondo la regola generale dell'art. 586 c.p.p., regola confermata dal recente intervento delle Sezioni Unite della Corte

sia assente a causa di un legittimo impedimento (ad es. necessita' di partecipare al funerale di un prossimo congiunto di un familiare).

In questo caso il giudice, con ordinanza, anche d'ufficio, rinvia ad una nuova udienza e dispone che sia rinnovato l'avviso all'imputato a norma dell'art. 419, c. 1° c.p.p..

Se tuttavia l'imputato, presente ad un'udienza, non compare ad un'udienza successiva a causa di di legittimo impedimento, il giudice deve rinviare anche d'ufficio l'udienza (art. 420 *ter* c.p.p. comma 3°).

Inoltre, essendo stata cancellata la previsione della notifica dell'estratto contumaciale della sentenza, nonche' la conseguente particolare disciplina del *dies a quo* per impugnare, l'art. 11 del testo approvato inserisce nell'art. 604 c.p.p. un nuovo comma 5 bis c.p.p., con il quale si sancisce la nullita' della sentenza di primo grado che sia stata pronunciata: a) nonostante la sussistenza di un impedimento legittimo a comparire, *ex* art. 420 *ter* c.p.p.; b) quando l'imputato possa dimostrare l'incolpevole ignoranza del processo (denunciandola nell'atto di impugnazione o comparendo personalmente a una udienza del giudizio d'appello da altri instaurato c) quando invece si sarebbe dovuta disporre la sospensione del procedimento in forza del nuovo art. 420 *quater* c.p.p.

S. Quattrococo in Il contumace cede la scena processuale all'assente mentre l'irreperibile l'abbandona Riflessioni a prima lettura sulla nuova disciplina del procedimento senza imputato [http://www.penalecontemporaneo.it/tipologia/0/-/-/3031-\(30.4.2014\)](http://www.penalecontemporaneo.it/tipologia/0/-/-/3031-(30.4.2014)).

Compendio di procedura penale Conso Giovanni, Grevi Vittorio, Bargis Marta, Cedam 2014 pag. 664 ss.

¹⁶⁹ D. Servi sub. art. 467, cit. p. 6168 ss.

di Cassazione¹⁷⁰, di cui si dira' piu' ampiamente nel paragrafo 4.4.

4.4 L'impugnazione dell'ordinanza di sospensione

L'ordinanza del giudice che accoglie l'istanza di messa alla prova e' suscettibile di controllo tramite ricorso in cassazione (*ex art. 464 quater comma 7° c.p.p.*).

I soggetti legittimati ad attivare il controllo sono l'imputato e il pubblico ministero, il quale può muoversi anche su istanza della persona offesa.

I motivi di ricorso per cassazione avverso l'ordinanza di accoglimento della richiesta di sospensione possono essere vari, e sono connessi alla sussistenza dell'interesse ad impugnare e, di conseguenza, alla ammissibilita' stessa del ricorso.

Uno dei possibili motivi di ricorso si ritiene che sia la mancanza di motivazione, *ex art. 606, lett. e), c.p.p.*, nel caso di omessa indicazione delle ragioni per le quali il giudice ha ritenuto di non dovere pronunciare sentenza di proscioglimento a norma dell'art. 129 c.p.p.

Un altro possibile motivo di ricorso per cassazione dell'imputato avverso l'ordinanza di ammissione alla messa alla prova e' la sopravvenuta depenalizzazione del reato per il quale era stata pronunciata ordinanza di sospensione; in un caso del genere, in applicazione al principio indicato nell'art. 2 c.p., l'imputato potrebbe far rilevare con il ricorso in cassazione anche la sopravvenuta *abolitio criminis*, rilevabile dalla Corte di Cassazione anche indipendentemente dall'oggetto del gravame

¹⁷⁰ Sez. Un., c.c. 31 marzo 2016, Pres. Canzio, Rel. Fidelbo, Ric. Rigacci - informazione provvisoria

ed anche in caso di ricorso inammissibile, perche' il fatto non e' piu' previsto dalla legge come reato.

L'interesse dell'imputato a far valere l'avvenuta abolizione del reato e' evidente se si considera che, ai sensi dell'art. 168 *bis* c.p., la sospensione non puo' essere concessa per piu' di una volta e che l'ordinanza, ex art. 3 (L), comma 1°, lett. i-bis della legge n. 313/2002 viene iscritta nel casellario giudiziario.

Un ulteriore caso di ricorso per cassazione e' costituito dall'errore compiuto dal giudice in merito alla esatta qualificazione giuridica del fatto, rilevabile ex art. 606, lett. b), c.p.p. quale erronea applicazione della legge penale, qualora si tratti di errore manifesto, mentre sarebbero esclusi gli errori sulla qualificazione giuridica del fatto che presentino rilevanti margini di opinabilita' o che richiedano verifiche istruttorie approfondite alle quali l'imputato ha rinunciato nel momento in cui ha presentato l'istanza di sospensione del procedimento con messa alla prova¹⁷¹.

La mancata acquisizione del consenso dell'imputato, ex art. 464 *quater* c.p.p., costituisce una nullita' di ordine generale ex art. 178, lett. c), c.p.p., per inosservanza delle norme processuali stabilite a pena di nullita'.

Il pubblico ministero puo' ricorrere per cassazione avverso l'ordinanza che decide sulla messa alla prova in tutti i casi in cui il giudice ha adottato il provvedimento di ammissione e/o modifica del programma di trattamento senza il suo consenso scritto, obbligatorio ex art. 464 *ter* c.p.p..

¹⁷¹ Tra l'altro, sul punto e' intervenuta la Corte di Cassazione, Sez. IV, 3 febbraio 2016 (ud. 20 ottobre 2015), Cambria Zurro, con nota di F. Gaito la quale ha stabilito che "Il giudice al quale sia richiesta la sospensione del procedimento e la messa alla prova dell'imputato ai sensi dell'art. 168-*bis* c.p., è tenuto a verificare la correttezza della qualificazione giuridica attribuita al fatto dall'accusa e può – ove la ritenga non corretta – modificarla, traendone i conseguenti effetti sul piano della ricorrenza o meno dei presupposti dell'istituto in questione".

Per quanto attiene alla persona offesa invece, e' previsto un autonomo potere di impugnazione esclusivamente per omesso avviso dell'udienza o perche', pur essendo comparsa, non e' stata sentita ai sensi del comma 1° dell'art. 464 *quater* c.p.p.

Negli altri casi i "poteri" della persona offesa sono assai limitati in quanto essa puo' soltanto presentare al pubblico ministero una richiesta di impugnazione.

Invece, se la richiesta di messa alla prova e' rigettata, potra' essere riproposta nel giudizio, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento *ex art. 464 quater* 9° c. c.p.p.

La disposizione non definisce in maniera chiara i rapporti tra la pur prevista facoltà di impugnazione e la reiterazione dell'istanza di messa alla prova in caso di rigetto.

Il silenzio del legislatore, ancora una volta, ha costretto gli interpreti ad affrontare alcune questioni problematiche, una delle quali e' questa: l'ordinanza reiettiva e' autonomamente ricorribile per cassazione oppure, secondo il principio di tassativita' delle impugnazioni previsto dall'art. 568 c.p.p. unitamente all'art. 586, comma 1°, c.p.p., l'impugnazione dell'ordinanza reiettiva puo' essere proposta solo con l'impugnazione della sentenza di condanna?

Un orientamento, riconosciuto come tendenzialmente maggioritario dalla più recente giurisprudenza di legittimità, si era espresso in favore della autonoma ed immediata ricorribilità in cassazione del provvedimento di merito che rigetta la richiesta di sospensione del processo¹⁷².

Veniva valorizzato, in questa prospettiva, il tenore letterale della disposizione processuale sulla messa alla prova, che, riconoscendo espressamente l'autonoma impugnabilità

¹⁷² In questo senso, tra le altre, due pronunce della stessa Seconda Sezione che ha emesso l'ordinanza di rimessione: Cass., sez. II, 12 marzo 2015, n. 14112, Allotta; Cass., sez. II, 6 maggio 2015, n. 20602, Corallo.

dell'ordinanza, senza distinguere a seconda del suo contenuto (di ammissione o di rigetto), era teso ad integrare a tutti gli effetti un'ipotesi di deroga alla regola generale.

In senso contrario, altro indirizzo aveva sostenuto l'inammissibilità del ricorso immediato per Cassazione presentato avverso la sola ordinanza di diniego. La tesi si sviluppava superando il contenuto testuale della norma ed accedendo ad una lettura a carattere sistematico: l'autonoma ed immediata impugnabilità prevista dalla disciplina in tema di messa alla prova aveva ragion d'essere solo nei confronti dei provvedimenti di ammissione al beneficio «giacché solo in tal caso alle parti non sarebbe altrimenti consentito alcun rimedio avverso la decisione assunta¹⁷³»

Infatti, se pur è vero che il comma 7° dell'art. 464 *quater* c.p.p. non distingue in base al contenuto dell'ordinanza, i commi precedenti trattano esclusivamente del provvedimento di ammissione al rito speciale, mentre la disciplina dell'ipotesi di rigetto è affrontata soltanto nel comma 9°.

Inoltre, nessun argomento contrario sarebbe ricavabile dal riconoscimento della legittimazione anche in capo all'imputato, che resta comunque titolare - secondo questo assunto interpretativo - di un interesse ad impugnare prescrizioni ritenute troppo gravose o comunque eccentriche rispetto al programma.

Queste posizioni non unanimi delle Sezioni dei giudici di legittimità, come anticipato, hanno richiesto un intervento delle Sezioni Unite.

Per le ordinanze rese in dibattimento oltre alla necessità di definire i rapporti tra reiterazione dell'istanza ed impugnazione dell'ordinanza di rigetto – esigenza presente anche nel caso delle

¹⁷³ Così Cass., sez. V, 3 giugno 2015, n. 25666, Marcozzi

ordinanze rese in altre fasi del procedimento – è immediatamente apparso necessario verificare se ed in quali termini la facoltà di impugnazione prevista dal comma 7° dell'articolo 464 *quater* si possa conciliare con la previsione dell'articolo 586 c.p. che, come noto, prevede l'impugnabilità delle ordinanze rese in dibattimento solo unitamente alla sentenza.

La Corte Suprema di Cassazione che ha affrontato la questione della autonoma ricorribilità avverso l'ordinanza di reiezione della richiesta dell'imputato alla messa alla prova e secondo la citata informazione provvisoria ha affermato che: «L'ordinanza è impugnabile solo congiuntamente alla sentenza, sicché il ricorso immediato e autonomo per cassazione avverso l'ordinanza è inammissibile e nel caso in cui anche la richiesta riproposta sia rigettata, la relativa ordinanza è impugnabile solo congiuntamente alla sentenza» (Sez. Un., c.c. 31 marzo 2016, Pres. Canzio, Rel. Fidelbo, Ric. Rigacci -informazione provvisoria)¹⁷⁴».

In attesa delle motivazioni della sentenza, un tentativo di delineare il regime delle impugnazioni delle istanze decisorie sulla messa alla prova viene, in questi giorni (02-05-2016) offerto dalla dottrina¹⁷⁵:

L'Autrice offre un'interpretazione in merito all'orientamento dei giudici di legittimità che esclude l'impugnabilità delle ordinanze reiettive dell'istanza di messa alla prova in questi termini:

¹⁷⁴http://www.penalecontemporaneo.it/materia/-/-/4605-per_le_sezioni_unite_1_ordinanza_dibattimentale_di_rigetto_della_richiesta_di_messa_alla_prova_non_suscettibile_di_autonomo_ricorso_per_cassazione/

¹⁷⁵
Vd. Il regime dell'impugnazione delle ordinanze decisorie sull'istanza di messa alla prova di maria Cristina Amoroso in:
www.penalecontemporaneo.it/materia/-/-/4661-il_regime_dell_impugnazione_delle_ordinanze_decisorie_sull_istanza_di_messa_alla_prova

“...i principi di diritto esposti dai giudici di legittimità si riferiscono in via esclusiva alle ordinanze di rigetto, e, in attesa del deposito della sentenza e delle argomentazioni in esse contenute è possibile ipotizzare che il rimedio di cui al comma 7° dell'articolo 464 *quater* c.p.p. sia stato ritenuto dalla Corte praticabile solo nei confronti delle ordinanze di accoglimento.

La lettura dei principi di diritto enunciati dalle Sezioni Unite ben chiarisce l'opzione interpretativa prescelta dai giudici di legittimità, per la quale in ogni caso in cui sia possibile reiterare l'istanza di ammissione alla messa alla prova è precluso il rimedio impugnatorio.

Per le ordinanze di rigetto emanate in fase d'indagini ed in udienza preliminare dunque, l'impugnazione diretta in Cassazione sarà preclusa, poiché l'imputato potrà ripresentare l'istanza in dibattimento; allo stesso modo il rimedio del comma 7° non sarà praticabile nei confronti del provvedimento di egual tenore intervenuto in dibattimento, poiché in tal caso, sebbene la richiesta non sia più reiterabile, l'ordinanza può essere impugnata solo unitamente alla sentenza.

Il sistema si presta quindi ad essere riprodotto anche nel caso del rigetto intervenuto nella fase delle indagini preliminari, infatti, anche in tale fase la possibilità di riproporre l'istanza in dibattimento preclude la possibilità di impugnazione diretta in Cassazione.

I principi di diritto enunciati delineano un meccanismo chiaro fondato sulla preclusione all'impugnazione determinata dalla facoltà di reiterazione dell'istanza.

L'auspicio è che dalla lettura delle motivazioni possano essere fugati anche gli ulteriori dubbi che tale ricostruzione lascia irrisolti.

Sicuramente nella decisione si darà conto delle ragioni giuridiche poste a fondamento della esclusione

dell'impugnazione in caso di facoltà di reiterazione – e le argomentazioni che consentono di dare una lettura restrittiva del comma 7° dell'articolo 464 *quater* c.p.p.).

Sarà necessario però verificare se nelle sentenze si risolva anche l'ulteriore questione del valore processuale del dissenso del pubblico ministero, tema apparentemente distinto da quello della alternativa fra impugnazione e reiterazione, e che invece si presenta ad esso strettamente collegato.

Il problema è di verificare se a seguito del provvedimento di dissenso del pubblico ministero il giudice sia tenuto a emettere ordinanza di rigetto; solo in tale caso, infatti, sembra che il legislatore consenta la reiterazione dell'istanza.

Più precisamente ci si chiede, quindi, se il dissenso debba essere necessariamente seguito da un esplicito provvedimento del giudice o se, in tal caso, il parere contrario del Pm non imponga l'adozione di tale provvedimento, al pari di quanto avviene nel caso del patteggiamento.

La questione appare di non poco conto, in quanto il tenore letterale dell'articolo 464 *ter* c.p.p., nella parte in cui stabilisce che “in caso di rigetto, l'imputato può rinnovare la richiesta prima dell'apertura del dibattimento di primo grado e il giudice, se ritiene la richiesta fondata, provvede ai sensi dell'articolo 464 *quater*” induce a ritenere che la reiterazione sia possibile solo e se vi sia un esplicito provvedimento di rigetto del giudice.¹⁷⁶

¹⁷⁶ Il Regime dell'impugnazione delle ordinanze decisorie sull'istanza di messa alla prova di Maria Cristina Amoroso in <http://www.penalecontemporaneo.it/materia/-/-/466>
[il regime dell'impugnazione delle ordinanze decisorie sull'istanza di messa alla prova/](http://www.penalecontemporaneo.it/materia/-/-/466) (02-05-2016).

CAPITOLO V: L'ESITO DELLA MESSA ALLA PROVA.

5.1 Gli epiloghi della sospensione del procedimento con messa alla prova: esito positivo.

5.2 Esito negativo: l'ordinanza che dispone la ripresa del processo.

5.3 Revoca anticipata della sospensione del processo.

5.4 Effetti del fallimento della prova.

5.1 Gli epiloghi della sospensione del procedimento con messa alla prova: esito positivo

Secondo quanto dispone l'art. 141-ter, comma 5° disp.att. trans. c.p.p. l'U.E.P.E, terminato il periodo di prova, redige una relazione dettagliata sul decorso e sull'esito della prova medesima.

La relazione finale, come quelle periodiche, e' depositata, almeno dieci giorni prima dell'udienza, nella cancelleria del giudice che procede, con facolta' per le parti di prenderne visione e di estrarne copia.

Ai sensi dell'art. 464-septies comma 1°c.p.p., il giudice, decorso il periodo di sospensione del procedimento, dichiara con sentenza estinto il reato se ritiene che la prova abbia avuto esito positivo, (cioe' se la condotta riparatoria tenuta dall'imputato sia stata atta ad elidere o attenuare le conseguenze del reato). A tal fine acquisisce la relazione conclusiva e fissa l'udienza per la verifica della prova finale.

Giova osservare che la condotta riparatoria assume rilievo anche ad altri fini: tra i vari istituti interessati dalle prestazioni riparatorie merita ricordare la disciplina inserita nel nostro

ordinamento dal d.lgs. n. 274 del 2000, istitutivo del procedimento dinanzi al giudice di pace e merita sottolineare inoltre che le posizioni dottrinarie in merito alla condotta riparatoria come causa estintiva del reato non sono unanimi¹⁷⁷ e sono altresì oggetto di un attualissimo intervento legislativo.

Ai sensi del comma 2° dell' art. 168 *ter* c.p. l'esito positivo della prova estingue il reato per cui si procede¹⁷⁸. Durante il periodo di

¹⁷⁷ M.L. Galati- L. Randazzo, cit. pag. 127

¹⁷⁸ Con riferimento alle cause estintive F. Mantovani in Diritto Penale, Parte Generale, Cedam, pag. 819 ss già osservava che “ sia improprio parlare di cause estintive del reato sia sotto il profilo naturalistico , in quanto il reato e' un fatto storico e non puo' essere posto nel nulla (*quod factum est infectum fieri nequit*), sia sotto il profilo giuridico, poiche' il reato estinto continua a produrre alcuni suoi effetti giuridici, come il riconoscimento della pericolosità qualificata di chi lo ha commesso (recidiva, abitudine e professionalità del reato)”. L'unica causa di estinzione del reato in senso proprio e' l'*abolitio criminis* che cancella il fatto dal novero dei reati con tutti i possibili effetti penali”.

In D. Fondaroli in Illecito penale e riparazione del danno Giuffrè ed. pag. 436 ss si rileva tuttavia che si assiste al tentativo di conseguire i risultati sanzionatori (oggi incardinati sul binario pena detentiva- misura di sicurezza, attraverso “ filtri che interpretano la riduzione del danno (e/o del fatto) in chiave premiale, quale causa di attenuazione e/o di esclusione della pena.”

In materia di condotte riparatorie, sarà discusso a pochi giorni da oggi (30.05.2016) in Commissione Giustizia del Senato il disegno di legge A.S. 2067. Esso reca l'impegnativo titolo di Modifiche al codice penale e al codice di procedura penale per il rafforzamento delle garanzie difensive e la durata ragionevole del processo nonché all'ordinamento penitenziario per l'effettività rieducativa della pena. Prevede, tra le altre previsioni, quella relativa alla condotte riparatorie con efficacia estintiva del reato.

Le condotte riparatorie sono previste dall'art. 1 dell'articolato, che inserisce un nuovo art. 162 *ter* nel codice penale del seguente tenore: «Art. 162 *ter*. (Estinzione del reato per condotte riparatorie). Nei casi di procedibilità a querela soggetta a remissione, il giudice dichiara estinto il reato, sentite le parti e la persona offesa, quando l'imputato ha riparato interamente, entro il termine massimo della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, il danno cagionato dal reato, mediante le restituzioni o il risarcimento, e ha eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato. Il risarcimento del danno può essere riconosciuto anche in seguito ad offerta reale ai sensi degli articoli 1208 e seguenti del codice civile, formulata dall'imputato e non accettata dalla persona offesa, ove il giudice riconosca la congruità della somma offerta a tale titolo.

Quando dimostra di non aver potuto adempiere, per fatto a lui non addebitabile, entro il termine di cui al primo comma, l'imputato può chiedere al giudice la fissazione di un ulteriore termine, non superiore a sei mesi, per provvedere al pagamento, anche in forma rateale, di quanto dovuto a titolo di risarcimento; in tal caso il giudice, se accoglie la richiesta, ordina la sospensione del processo e fissa la successiva udienza alla scadenza del termine stabilito, imponendo specifiche prescrizioni. Durante la sospensione del processo, il corso della prescrizione resta sospeso. Si applica l'articolo 240, secondo comma.

sospensione con messa alla prova il corso della prescrizione del reato e' sospeso.

Al giudice si pone dunque, decorso il periodo di sospensione del procedimento con messa alla prova, l'alternativa tra sentenza dichiarativa di estinzione del reato, che rappresenta l'epilogo fisiologico della prova, e ordinanza dispositiva della ripresa del processo in caso di fallimento della prova.

Il Senato e' intervenuto sulla valutazione del giudice circa l'esito positivo della prova e ha soppresso il periodo in base al quale le informazioni acquisite durante il procedimento di messa alla prova non sono utilizzabili nel prosieguo del procedimento penale.¹⁷⁹

Secondo una interpretazione¹⁸⁰, nonostante il giudice debba prima acquisire la relazione conclusiva compilata dall'U.E.P.E., per evitare rinvii superflui sarebbe piu' opportuno per il giudice di fissare direttamente – nel disporre la sospensione del processo con messa alla prova-, l'udienza per la valutazione dell'esito della messa alla prova” fissandola ad una data di poco successiva alla decorrenza del periodo di sospensione, che tuttavia rispetti il termine dei dieci giorni dato all'U.E.P.E. per la trasmissione della relazione conclusiva e per altro riconosciuto alle parti, per consentire loro di prendere visione ed estrarre copia della stessa¹⁸¹”.

Come si puo' vedere il “ margine di manovra” che il legislatore ha lasciato al giudice e' molto ampio: di fronte ad una relazione non pienamente positiva da parte dell'U.E.P.E, infatti, il giudice

Il giudice dichiara l'□estinzione del reato, di cui al primo comma, all'□esito delle condotte riparatorie».

Novita' legislative reperite in http://www.penalecontemporaneo.it/materia/-/-/-/4786-la_riforma_penale_alza_il_tiro__considerazioni_sul_disegno_di_legge_a_s__2067_e_connessi/

¹⁷⁹ Esame in Commissione della Deputata D. Ferranti, cit. pag. 33

¹⁸⁰ V. Bove, cit. pag. 23

¹⁸¹ Vd. nota n. 177

potrà sempre ritenere che l'esito sia stato stato positivo, ad esempio, se valuti che alcune inadempienze al programma siano dipese da circostanze estranee all'imputato, o comunque al medesimo non addebitabili, ovvero che lo stesso si sia trovato senza colpa in condizioni tali da impedirgli di offrire congruo ristoro alla persona offesa.

In questa sede il giudice, quindi, valuta l'avvenuta evoluzione della personalita' del condannato e solo se la prognosi e' favorevole l'esito della prova puo' dirsi positivo.

Si puo' ben dire che l' attivita' di valutazione del giudice rappresenti un aspetto piuttosto critico, poiche' mancano nella norma i parametri in base ai quali l'organo giurisdizionale puo' misurare l'effettiva riuscita della prova. La norma, difatti, si e' limitata a sancire che l'eventuale esito positivo della prova estingue il reato senza prevedere le modalita' con cui potra' essere diagnosticato un tale esito. Quindi la valutazione che il giudice e' chiamato a compiere si riflette sul piano della tenuta generalpreventiva del sistema penale e i due aspetti della premialita' e della finalita' rieducativa che caratterizzano il nuovo istituto, devono essere equilibrati.

Nonostante la mancata indicazione da parte del legislatore delle modalita' attraverso le quali dovra' fondarsi il giudizio prognostico del giudice "nella prassi si finisce con il lavorare empiricamente e di intuito¹⁸²".

In realta' l'obiettivo della dichiarazione di estinzione del reato a conclusione della prova si iscrive nel disegno di un sistema penale ormai pienamente laicizzato, nel quale l'applicazione della pena minacciata non e' piu' considerata conseguenza

¹⁸² Cit, P. Felicioni, Gli epiloghi, in Le nuove norme sulla giustizia penale, a cura di C.Conti – A. Marandola_G. Varraso, Cedam 2014 pgg. 415ss

ineluttabile di ogni reato, perché la logica utilitaristica della prevenzione si affianca a quella della retribuzione.

Ma è appunto la logica della prevenzione che va valorizzata nella sospensione del procedimento con messa alla prova, destinandola concretamente a una finalità di recupero della devianza minore, piuttosto che a uno scambio a buon mercato tra rinuncia alle garanzie difensive e vanificazione della funzione retributiva della pena.

Spetta agli interpreti dunque, in assenza di indicazioni legislative, ricondurre a una ragionevole compatibilità costituzionale la frammentata e claudicante disciplina della sospensione del procedimento con messa alla prova, piuttosto che impegnarsi in improbabili ricerche più o meno autentiche della *voluntas legis* o nel fin troppo facile esercizio di demolizione del fragile tessuto normativo¹⁸³.

L' 464 *quater* c.p.p. in verità richiama l'art. 133 c.p. nella parte in cui vengono presi in considerazione i parametri utili al giudice per valutare l'idoneità o meno del programma di trattamento e per compiere la prognosi di risocializzazione, in sede di decisione sulla richiesta di sospensione della prova.

Tuttavia anche il metodo indicato nell'art. 133 c.p., appare insufficiente, nonostante sembri costituire l'unico aggancio normativo offerto dal sistema giuridico penale ai fini della predizione del comportamento antisociale sotto il duplice profilo della capacità a delinquere e della pericolosità sociale dell'imputato.

¹⁸³ La sospensione del procedimento con messa alla prova, un rito affidato all'impegno degli interpreti di Aniello Nappi (Consigliere della Corte di Cassazione) in <http://www.lalegislazionepenale.eu/>

Il legislatore ha delineato l'estinzione del reato come "premio"¹⁸⁴ per l'avvenuta sottoposizione, su richiesta dell'imputato, ad un trattamento risocializzante basato su un precario accertamento della responsabilità.

Attraverso la premialità legata all'effetto estintivo, si favorisce il recupero sociale dell'imputato, nonché il perseguimento dell'obiettivo di riparazione sociale andando a soddisfare le esigenze della persona offesa.

Ci si chiede quale debba essere il contenuto della sentenza di estinzione e cioè se debba contenere anche una pronuncia in fatto "o se una, anche se concisa, esposizione del fatto e della ascrivibilità della condotta all'imputato debba esservi, considerando che, non diversamente da quanto accade per le ipotesi di cui all'art. 129, comma 2°, c.p.p., il giudice è tenuto a dar conto dell'insussistenza di cause che avrebbero potuto imporre una sentenza di assoluzione o di non luogo a procedere e soprattutto, se del caso, ad applicare una delle sanzioni amministrative accessorie, che presuppongono una pronuncia, sia pure *per incidens*, sulla responsabilità penale."¹⁸⁵

La sentenza emessa in caso di esito positivo della prova, in ogni caso è una sentenza di proscioglimento, da emettersi quindi con la formula di cui all'art. 531 c.p.p.

Essa non è iscrivibile nel casellario giudiziario: infatti l'art. 3 lett. f) del DPR 14 novembre 1992, n. 313 prevede che nel casellario possano essere iscritti per estratto i provvedimenti

¹⁸⁴ R. Bartoli, La "novità" della sospensione del procedimento con messa alla prova, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, p. 3 sottolinea come il concreto operare della messa alla prova ne faccia emergere la natura eminentemente premiale, pur unitamente ad una special-preventiva. http://www.magistraturaindipendente.it/alcuni-aspetti-migliorabili-dellattuale-disciplina-sostanziale-e-processuale-della-messa-a.htm#_ftn19 :::

¹⁸⁵ Vd. nota n. 177.

giudiziari definitivi che hanno proscioltto l'imputato o dichiarato non luogo a procedere per difetto di imputabilit  o disposto una misura di sicurezza.

Questa pronuncia conferisce pieno valore alla estinzione del reato premiando effettivamente il comportamento dell'imputato che ha espiato la pena in misura alternativa e ha dato prova di comportamenti tesi alla rieducazione e al reinserimento sociale.

All'estinzione del reato, tuttavia sopravvivono le obbligazioni civili derivanti dall'illecito, poich  l'efficacia estintiva   esclusivamente di natura penalistica¹⁸⁶.

La declaratoria di estinzione del reato non impedisce inoltre l'applicazione delle sanzioni amministrative accessorie previste dalla legge, ad esempio la sospensione della patente di guida.

Infine, nel silenzio della legge in merito al regime di impugnazione della sentenza che dichiara estinto il reato per esito positivo ne discende che deve applicarsi in materia il regime di impugnazione ordinario¹⁸⁷.

5.2 Esito negativo: l'ordinanza che dispone la ripresa del processo

Il comma 2  dell'art. 464 *septies* c.p.p. disciplina l'ipotesi in cui, in caso di esito negativo della prova, il giudice disponga con ordinanza la prosecuzione del processo.

Il legislatore non ha indicato dei criteri specifici per stabilire quando la prova abbia avuto esito negativo, e questo concetto allora, nel silenzio della legge, trova contenuto nell'*argumentum*

¹⁸⁶ Vd. art. 198 c.p. che fa salve solo le obbligazioni solidali di cui agli artt. 196 (“ obbligazione civile per le multe e le ammende inflitte a persona dipendente”) e 197 c.p. (“obbligazione civile delle persone giuridiche per il pagamento delle multe e delle ammende”)

¹⁸⁷ Il termine per proporre impugnazione   di 15 giorni, trattandosi di provvedimento emesso a seguito di procedura camerale: v. art. 585, lett.a), c.p.p.

a contrario dell'esito opposto, per cui si può far coincidere con la delusione riposta nella prova cui l'imputato si è sottoposto.

La ripresa del processo rappresenta quindi lo sbocco di un *probation* ad esito negativo e, sul piano del procedimento, significa che esso riprende dal momento in cui si era verificata la sospensione, vale a dire: al termine delle indagini preliminari se la richiesta è stata presentata in tale fase; se la richiesta è stata presentata nell'ambito del giudizio direttissimo, del procedimento per citazione diretta oppure nell'ipotesi di sospensione che sia stata "recuperata" rispetto ad un originario rigetto o dissenso del pubblico ministero, la dichiarazione di apertura del dibattimento; l'accertamento della regolare costituzione delle parti in sede dibattimentale in caso di richiesta presentata dopo l'emissione del decreto di giudizio immediato.

Per quanto riguarda invece il procedimento per decreto, l'art. 464 *bis* comma 2° c.p.p. come ricordato, prevede che la richiesta di sospensione debba essere presentata con l'atto di opposizione. La norma deve essere letta in combinato disposto con l'art. 168 *quater* c.p. che prevede la revoca della sospensione del procedimento con messa alla prova nei casi di grave o reiterata trasgressione al programma di trattamento o alle prescrizioni imposte, ovvero di rifiuto di prestazione di lavoro di pubblica utilità, nonché in caso commissione, durante il periodo di prova, di un nuovo delitto non colposo ovvero di un reato della stessa indole rispetto a quello per cui si procede.

Assume importanza, in particolare, l'inadempimento colpevole dell'obbligo riparativo nei confronti della vittima espressamente previsto come condizione per la concessione, a differenza della messa alla prova minorile rispetto alla quale, la valutazione deve fondarsi sul comportamento del minore e sull'evoluzione della sua personalità, mentre il *probation* per gli imputati adulti si

fonda solamente sulla gravità del reato e la capacità a delinquere dell'imputato.

Si ritiene comunque che il giudice, in ordine al peso della trasgressione, abbia un margine di discrezionalità, dovendo attribuire un “peso” a comportamenti, ad esempio, come un'assenza dal domicilio oltre il limite autorizzato nell'ordinanza oppure l'interruzione del programma disintossicante per un imputato tossicodipendente.¹⁸⁸

5.3 Revoca anticipata della sospensione del processo

L'art. 168-*quater* c.p. e l'art. 464-*octies* c.p.p. disciplinano la revoca anticipata della sospensione con messa alla prova.

L'art. 168 *quater* c.p., introdotto dalla legge 67/2014, dispone che la messa alla prova sia revocata quando sia accertata una violazione grave delle prescrizioni o nel caso in cui l'imputato si rifiuti di effettuare il lavoro di pubblica utilità, oppure in caso di commissione, durante il periodo di prova, di un nuovo delitto non colposo della stessa indole rispetto a quello per cui si procede.

Il giudice può, quindi, sia d'ufficio sia dietro segnalazione dell'U.E.P.E fissare l'udienza camerale ex art. 127 c.p.p., dandone avviso alle parti e alla persona offesa almeno dieci giorni prima.

L'udienza camerale ha ad oggetto “la valutazione dei presupposti della revoca” (art. 464 *octies* comma 2° c.p.p.) e l'uso del verbo all'indicativo presente nell'art. 168 *quater* comma 1° c.p. sembra indicarne l'automaticità (nei casi indicati dall'articolo stesso).

¹⁸⁸ Alla violazione delle prescrizioni di cui all'art. 168 *quater* n. 1 c.p. si riporta anche il mancato adempimento incolpevole risarcimento del danno: così in Fiorentin – Risarcire la vittima e' condizione imprescindibile, in Guida al diritto 2014, p. 64 ss dell'imputato all'onere di risarcimento del danno: così in Fiorentin – Risarcire la vittima e' condizione imprescindibile, in Guida al diritto 2014, p. 64 ss

Se si ritiene che la revoca sia un istituto che opera automaticamente tuttavia si deve prendere atto che essa contrasta con l'intento di recupero sociale previsto per la sospensione del processo con messa alla prova.

Allora appare preferibile ritenere che il "giudice possa esercitare una valutazione discrezionale, oltre che in ordine alle singole ipotesi di revoca, anche sotto il profilo dell'*an* della revoca¹⁸⁹".

La procedura indicata *ex art* 127 c.p.p. viene attivata per soddisfare l'esigenza del contraddittorio nelle decisioni rimesse al giudice in ogni momento del procedimento, salvo il dibattimento.

“ A tal proposito v'e' da chiedersi se essa [la revoca anticipata] possa essere disposta per effetto di una denuncia, di una querela ovvero di una segnalazione della polizia giudiziaria, avvenuta in corso di esecuzione della misura, ma riferita a fatti risalenti a tempo antecedente all'ordinanza di sospensione del procedimento. Il tenore letterale della norma sembrerebbe escludere questa eventualita', essendo richiesta la commissione del nuovo delitto durante il periodo di prova.

Tuttavia l'accertamento, sia pure *in fieri* di un reato diverso da quello per cui e' stata concessa la messa alla prova impone la revisione della prognosi favorevole circa il fatto che l'imputato si asterra' dal commettere ulteriori reati. Ne consegue l'opportunita' che la valutazione negativa a fattispecie commesse anteriormente alla sospensione del processo *ex art. 464 quater* c.p.p., venga rimessa alla discrezionalita' giudiziale.”¹⁹⁰

¹⁸⁹ Cit., P. Felicioni, op. cit., in *Le nuove norme sulla giustizia penale*, pag. 432

¹⁹⁰ G. Tabasco, La sospensione del procedimento con messa alla prova degli imputati adulti, in *Arch. Pen.*, 2015, n. 1, pag. 31.

Non si comprende dunque se possano essere sufficienti la sola *notitia criminis* e l'avvio delle indagini oppure debba essere effettuato un accertamento definitivo in merito alla responsabilit  dell'indagato.

Il principio costituzionale sancito dall'art. 27, comma 2  - di presunzione di non colpevolezza sino alla condanna definitiva-, indurrebbe a pensare che si debba attendere la condanna definitiva, ed infatti il legislatore ha ancorato gli effetti alla definitivit  del provvedimento giudiziale che, *ex art. 464 octies* comma 3  c.p.p.,   ricorribile per cassazione per violazione di legge, cos  come   prescritto con riferimento all'ordinanza che accoglie o rigetta la richiesta di sospensione.

L'Autore sopra richiamato¹⁹¹ auspica una rimessione della valutazione alla discrezionalit  del giudice, in quando una visione troppo rigida della revoca della sospensione frustrerebbe la *ratio legis* che poggia sul recupero dell'imputato:” ovviamente il giudice dovr  valutare attentamente gli elementi a carico dell'imputato ammesso alla prova e proceder  alla revoca soltanto allorch  questi consentano di ritenere sussistente il *fumus commissi delicti*¹⁹²”.

L'istituto della revoca incide, evidentemente, sulla dinamica del *probation*, poich  comporta la cessazione anticipata della prova rispetto alla scadenza fissata dal giudice nelle ipotesi sopra individuate: essa assume anche una connotazione sanzionatoria rispetto al comportamento manifestato dall'imputato durante l'esperimento della prova.

Tuttavia, essa non appare una misura sanzionatoria avente una reale capacit  dissuasiva se si considerano i tempi lunghi della

¹⁹¹ Vd. nota n. 177

¹⁹² Vd. nota n. 177

giustizia penale in Italia, ed infatti prima che il procedimento, ripreso dopo la revoca della sospensione, giunga al termine, possono trascorrere anni¹⁹³.

Per quanto concerne la prima ipotesi prevista all'art. 168-*quater* c.p., il riferimento testuale ad una trasgressione grave o reiterata fa ritenere che la revoca possa essere disposta in caso di trasgressioni ripetute seppure di modesta entità, oppure anche da una sola violazione di importante gravità.

I casi di revoca facoltativa riguardano le situazioni in cui l'indagato abbia compiuto una violazione ne' grave ne' reiterata al programma di trattamento o alla prescrizioni imposte, oppure che abbia effettuato una prestazione di lavoro di pubblica utilità non perfettamente corrispondente a quanto imposto o da ultimo abbia commesso, durante il periodo di sospensione con messa alla prova, un delitto colposo o una contravvenzione di indole diversa¹⁹⁴. In queste ed in ipotesi simili, l'eventuale revoca non è imposta dalla legge bensì costituisce il risultato di una valutazione discrezionale del giudice, al quale spetterà di effettuare un esame attento delle ragioni che possono aver motivato un tale comportamento.

L'ultima ipotesi di revoca anticipata dell'ordinanza di sospensione del procedimento prevista all'art. 168-*quater* c.p., è la commissione di un nuovo delitto non colposo o di un reato della stessa indole di quello per cui si procede; da tale ipotesi emerge un aspetto problematico che riguarda la possibilità o meno di revocare la prova qualora sia stato commesso un reato diverso da quelli indicati dalla disposizione di diritto penale sostanziale. Stando ad una prima lettura dell'art. 168-*quater* c.p., la scelta legislativa è quella di tipizzare le condotte

¹⁹³ F. Vigano', Sulla proposta legislativa in tema di sospensione. cit. pag. 1302

¹⁹⁴ M.S. Calabretta – A. Mari cit. pag. 38 ss.

antigiuridiche rilevanti, ragion per cui sarebbe esclusa la possibilità di una revoca legata a reati diversi da quelli previsti dalla disposizione in esame, poiché ciò porterebbe a configurare un'interpretazione *in malam partem*, e si tratterebbe di un'ipotesi di revoca non prevista dalla legge e non conforme alla *ratio* della misura.

Tuttavia, la revoca della messa alla prova sembrerebbe doversi disporre anche in presenza di reati diversi da quelli indicati nell'art. 168-*quater* comma 2 c.p. Infatti, se si ipotizzasse diversamente, si potrebbe giungere alla illogica conclusione di procedere alla revoca in caso di violazione delle prescrizioni contenute nel programma di trattamento, lasciando, invece, priva di conseguenze la condotta commissiva di un reato diverso da quelli previsti dalla norma.

In questi casi la revoca non opererà automaticamente *ex lege*, ma scaturirà dalla formulazione di una concreta valutazione giudiziale di incompatibilità con la prosecuzione della prova. Quindi, nell'ipotesi in cui un reato commesso in costanza di messa alla prova dovesse rappresentare una grave violazione delle prescrizioni e risulti essere diverso rispetto ai reati disciplinati dall'art. 168-*quater* comma 2 c.p., sarà comunque preso in considerazione dal giudice e rimesso alla sua valutazione, in ragione della discrezionalità che la legge gli riconosce¹⁹⁵.

¹⁹⁵ In tal senso, G. Tabasco , cit. pgg. 34 ss.

5.4 Effetti del fallimento della prova: divieto di riproposizione della richiesta di messa alla prova e computo della pena da eseguire.

L'art. 464 *novies* c.p.p. disciplina gli effetti della prova in caso sia di esito negativo che di revoca anticipata della sospensione, che sono la ripresa del processo e la cessazione dell'esecuzione delle prescrizioni e degli obblighi imposti.

Nei fatti, successivamente all'ordinanza del giudice che dispone la revoca, il processo non riprende subito, ma solamente dopo che tale ordinanza sia divenuta definitiva: in quel momento, cesserà l'esecuzione delle prescrizioni e degli obblighi imposti, ed il procedimento riprenderà il suo corso dal momento in cui era rimasto.

Sia nell'ipotesi di esito negativo della prova, che di revoca della stessa, nonostante il silenzio del legislatore, uno degli effetti è il problema della incompatibilità del giudice che aveva precedentemente ammesso la prova e che si ritrova a dover istruire e giudicare nel merito sugli stessi reati.

La legge costituzionale n. 2 del 1999 ha, come noto, esplicitamente inserito il richiamo, nel comma 2° dell'art. 111 Cost., alla "terzietà" ed alla "imparzialità", quali presupposti di garanzia di un "giusto processo".

La distinzione terminologica, che pure, secondo una interpretazione diffusa, è considerata una mera endiadi, sembra richiamare la differenza, sviluppata soprattutto nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo, tra imparzialità "soggettiva" (l'imparzialità in senso stretto) e imparzialità

"oggettiva" (la terzietà)¹⁹⁶; laddove la prima indica l'esigenza di evitare condizionamenti sul giudizio in ragione dei convincimenti personali espressi dal giudice, mentre la seconda è posta a tutela delle situazioni che "oggettivamente" possano compromettere l'imparzialità del giudice, magari per la sovrapposizione di ruoli e/o funzioni nel medesimo procedimento.

L'incompatibilità sorge quando il giudice sia stato chiamato a compiere una «valutazione» di essi, al fine di una decisione", e "non tutte le valutazioni anzidette danno luogo a un pregiudizio rilevante", ma solo quelle "non formali, di contenuto (...) su aspetti che riguardano il merito dell'ipotesi di accusa, ma non anche quando abbia preso determinazioni soltanto in ordine allo svolgimento del processo, sia pure in seguito a una valutazione delle risultanze processuali¹⁹⁷"; peraltro, le «valutazioni di merito» pregiudicanti devono appartenere "a fasi diverse del processo, essendo più che ragionevole che, in ciascuna di esse, sia preservata l'esigenza di continuità e di globalità (...) conseguentemente, il giudice chiamato al giudizio di merito non incorre in incompatibilità tutte le volte in cui compie valutazioni preliminari, anche di merito, destinate a sfociare in quella conclusiva"; in tal caso, infatti, si determinerebbe una "assurda frammentazione" del procedimento, "con l'aberrante conseguenza di dover disporre, per la medesima fase del giudizio, di tanti giudici diversi, quanti sono gli atti da compiere¹⁹⁸".

¹⁹⁶ in tal senso, già Corte EDU, 1° ottobre 1982, Piersack c. Belgio; Corte EDU, 10 giugno 1996, Pullar c. Regno Unito

¹⁹⁷ Corte cost., sent. 24 marzo 1996, n. 131

¹⁹⁸ Vd. nota precedente.

La giurisprudenza della Corte costituzionale deve ritenersi stabilizzata sui seguenti principi: 1) le norme in materia di incompatibilità sono funzionali ad "evitare che la decisione sul merito possa essere o apparire condizionata dalla «forza della prevenzione» - ossia dalla naturale tendenza a confermare una decisione già presa o a mantenere un atteggiamento già assunto - scaturente da valutazioni cui il giudice sia stato precedentemente chiamato in ordine alla medesima *res iudicanda*¹⁹⁹";

Inoltre 2) la "situazione" pregiudicante non è determinata dalla mera "conoscenza" degli atti, ma dalla "valutazione" di contenuto su aspetti che riguardano il merito dell'ipotesi di accusa; 3) non sono "pregiudicanti" le determinazioni assunte in ordine allo svolgimento del processo, sia pure in seguito a una valutazione delle risultanze processuali; 4) le «valutazioni di merito» pregiudicanti devono appartenere "a fasi diverse del processo".

Secondo l'orientamento espresso dalle Sezioni Unite²⁰⁰ "l'ordinanza di sospensione con messa alla prova non appare affatto "pregiudicante", limitandosi ad assumere una determinazione in ordine allo svolgimento del processo: nei confronti dei richiedenti il processo viene sospeso, in attesa dell'espletamento del programma di trattamento, e, in caso di esito positivo, viene emessa sentenza di proscioglimento per estinzione del reato.

¹⁹⁹ nel solco di un indirizzo consolidato, Corte cost., sent. 9 luglio 2013, n. 183.

²⁰⁰ Vd le sentenze indicate nelle precedenti note.

Secondo parte della dottrina invece²⁰¹ la soluzione a questa problematica rinvia a quanto è stato previsto in tema di richiesta parziale di messa alla prova; quindi l'organo giurisdizionale che aveva ammesso l'imputato alla prova e che poi si è pronunciato sull'esito della stessa (positivamente o negativamente), dovrebbe ritenersi incompatibile a giudicare gli altri reati connessi o quello stesso reato in relazione al quale si era pronunciato ammettendo l'imputato in prova.

Merita di essere oggetto di riflessione anche la natura del giudizio di revoca; infatti, si ritiene che la revoca sia un istituto che opera automaticamente, ovvero, nel senso che il giudice, ritenuti sussistenti i presupposti di legge (ai sensi dell'art. 168-*quater* c.p.), sia tenuto a disporre la revoca. Ciò è coerente con la *ratio* dell'istituto, però l'automaticità della revoca contrasta con l'intento di recupero sociale previsto per la sospensione del processo con messa alla prova.

Come già chiarito, appare preferibile ritenere che il "giudice possa esercitare una valutazione discrezionale, oltre che in ordine alle singole ipotesi di revoca, anche sotto il profilo dell'*an* della revoca²⁰²".

A seguito del fallimento della prova, all'imputato non è data una seconda possibilità di avvalersi della misura; infatti, l'istanza di messa alla prova non può essere riproposta qualora il giudice abbia emanato un'ordinanza dispositiva della ripresa del processo a causa dell'esito negativo della prova (art. 464-*septies* comma 2° c.p.p.) e neppure quando abbia emesso un'ordinanza dispositiva della revoca anticipata (art. 464-*octies* c.p.p.), essendo entrambi provvedimenti a carattere ultimativo.

²⁰¹ In tal senso si veda, V. Bove, op. cit., in www.penalecontemporaneo.it, pgg 20 e 25

²⁰² Cit., P. Felicioni, op. cit., in *Le nuove norme sulla giustizia penale*, pag. 432

La *ratio* della norma, evidentemente, e' quella di evitare strumentalizzazioni dell'istituto da parte dell'imputato attraverso la reiterazione delle istanze, e di ottenere che egli, consapevole della opportunita' concessagli, si attenga con serietà agli impegni assunti²⁰³.

Ulteriore aspetto da prendere in considerazione per la legge in oggetto riguarda la computabilita' del periodo di prova, anche se esperito con esito negativo, ai fini della determinazione della pena da eseguire dopo il passaggio in giudicato della sentenza di condanna.

L'art. 4 della l. 67/2014 stabilisce che dopo l'art. 657 c.p.p. venga inserito l'art. 657 *bis* c.p.p. il quale dispone che: " in caso di revoca o di esito negativo della messa alla prova, il pubblico ministero, nel determinare la pena da eseguire, detrae un periodo corrispondente a quello della prova eseguita. Ai fini della detrazione, tre giorni di prova sono equiparati ad un giorno di reclusione o di arresto, ovvero a 250 euro di multa o di ammenda".

Questa norma sottolinea che si deve considerare esattamente la parte di prestazione adempiuta e la sua incidenza sulla durata legale della attivita' lavorativa imposta e che, altresì, e' da valutare se il condannato abbia, in concreto, patito un carico di afflizione aggiuntiva determinandone quindi la quantita', e detraendola dalla pena eventualmente da espiare.²⁰⁴

Il p.m., al quale sia stato trasmesso l'estratto della sentenza di condanna della pena da eseguire, deve evidentemente svolgere

²⁰³ F. Fiorentin, Preclusioni e soglie di pena riducono la diffusione, in Guida dir., 2014, 21, p. 68 ss.;

²⁰⁴ Cass. Pen. Sez. I, sentenza ud. 16 giugno 2009 (dep. 11 agosto 2009), n. 32649, in CED, Cass Pen, 2009.

delle “operazioni di calcolo” per determinare la pena in concreto.²⁰⁵

L’art. 657 c.p.p., infatti, dispone che il p.m. computi il periodo di pena detentiva espiata, ispirandosi così ad un criterio di fungibilità della pena, portando “in detrazione” il presofferto e l’indebitamente sofferto.

L’art. 657 *bis* c.p.p. individua nel lavoro di pubblica utilità una sorta di sanzione con finalità rieducativa, anche se alcuni autori avanzano perplessità dalla equiparazione del lavoro di pubblica utilità con la privazione della libertà personale in caso di detenzione²⁰⁶.

Si può fare un raffronto con la revoca della misura alternativa del *probation* penitenziario, disciplinata all’art. 47 O.P. appunto. Secondo una interpretazione, l’affidamento in prova è strumento di sospensione della pena e collega l’effetto estintivo al solo esito positivo della prova, negando la possibilità di detrarre il periodo trascorso dalla pena in esecuzione.

Secondo altra interpretazione invece, la misura è qualificata come sanzione autonoma e di conseguenza il periodo trascorso deve essere interamente detratto.

²⁰⁵ Un altro caso attiene all’esecuzione di pene concorrenti nell’ipotesi di pluralità di condanne per diversi reati nei confronti della stessa persona: infatti l’art. 663 c.p.p. impone di individuare un’unica pena risultante dall’unificazione di diversi titoli che viene operata secondo un criterio di cumulo materiale temperato dalle norme sostanziali sul concorso di pene. Il provvedimento di cumulo emesso dal pubblico ministero rappresenta un titolo esecutivo unico, comprensivo di tutte le pene da espiare e ha una duplice finalità: assicurare la corretta realizzazione della pretesa punitiva dello Stato ed evitare al condannato il pregiudizio consistente in un’alternanza tra libertà e carcere che deriverebbe da un’autonoma e separata esecuzione delle pene irrogate per una pluralità di reati. F. Corbi, L’esecuzione nel processo penale, Torino, 1992, pgg 143-144.

²⁰⁶ M.D’Agnolo, I lavori di pubblica utilità: un fenomeno non sempre di chiara adozione, in Proc. pen. Giust.2, 2013, 89ss.

Non c'è un orientamento costante da parte della giurisprudenza di merito²⁰⁷.

La Corte Costituzionale²⁰⁸ (sempre nell'ottica del raffronto con l'ordinamento penitenziario) invece ha affermato che non sempre può essere ascritto al condannato il fallimento della misura, e ha rimesso la determinazione della pena residua da scontare alla valutazione discrezionale del Tribunale di sorveglianza, incaricato di tenere conto del periodo di prova, nonché della gravità del comportamento che ha causato la revoca.

“...Posta questa premessa, non può non riconoscersi che il non tenere in alcun conto, in caso di revoca, il già patito assoggettamento a tali restrizioni nel pregresso periodo di affidamento costituisce un risultato contrastante col disposto costituzionale. Per convincersene, basti osservare che ogni rigidità regressiva degli effetti nella revoca conduce a porre l'affidamento in prova sullo stesso piano di misure clemenziali quali la sospensione condizionale della pena (art. 168 c.p.) e l'amnistia, l'indulto e la grazia condizionati (art. 596 c.p.p.), nei quali manca del tutto un assoggettamento a restrizioni della libertà personale e la realizzazione dell'evento posto in condizione è interamente riportabile ad autonome determinazioni del soggetto.

Parimenti inaccettabile è, però, anche il risultato cui si perviene col integrale scomputo del periodo di affidamento antecedente alla revoca. Innanzitutto, ciò comporterebbe una non giustificata parificazione delle situazioni di chi sino a tale momento ha tenuto un comportamento osservante delle regole

²⁰⁷ Cass., sez. I, 15 febbraio 1978, Orlati, in Cass.pen., 1979, 990; Cass., sez. I, 24 maggio 1978, Galantucci, in Cass.pen., 1979, 990:

²⁰⁸ C. cost., 29 ottobre 1987, n. 343, in Cass.pen., 1998, n. 5, con nota di A. Presutti, Il nuovo regime degli effetti conseguenti alla revoca dell'affidamento in prova al servizio sociale: verso il tramonto della funzione rieducativa della misura.

imposte e di chi, invece, é soggetto alla revoca proprio per averle violate fin dall'inizio. É evidente, inoltre, che in tal modo la condotta violatrice delle prescrizioni resterebbe priva di qualsiasi sanzione, e sarebbe depotenziato l'impulso ad un impegno del soggetto verso la positiva conclusione dell'esperimento e, conseguentemente, menomata la funzione rieducativa della misura..."²⁰⁹

²⁰⁹ Sent.C. cost., 29 ottobre 1987, n. 343 in
<http://www.giurcost.org/decisioni/1987/0343s-87.html>

***Osservazioni conclusive ed alcuni profili di criticita’
della legge 67/2014.***

“Osserva costantemente che tutte le cose avvengono tramite il cambiamento²¹⁰.”

“Rispetto alla pena del carcere sembra potersi dire che la sua contestazione in virtù del problema del sovraffollamento altro non è che il punto, afferma un Autore, ²¹¹mentre, a ben vedere, esistono correnti molto più profonde, molto più forti, che spingono per un suo enorme ridimensionamento, correnti ispirate dal lavoro “lungo” e implacabile di alcuni principi fondamentali”²¹².

Secondo una lettura – per così dire – tradizionale, la spinta energica verso un ridimensionamento del carcere è il frutto soprattutto di quel processo di umanizzazione della pena che, iniziato con l’illuminismo, sta proseguendo anche nei giorni nostri. Si tratta di una tendenza inarrestabile, coerente e parallela con l’evoluzione delle condizioni di vita sociale. Com’è stato efficacemente affermato, “la portata afflittiva della pena, infatti, non è una variabile indipendente ma è data dallo scarto esistente tra la pena e le generali condizioni di vita sociali: migliorando queste ultime l’afflittività relativa della pena aumenta.

²¹⁰ Cesare Marco Aurelio Antonino Augusto - imperatore, filosofo (121-180)

²¹¹ Paolo Grossi in La legalità costituzionale nella storia della legalità moderna e post-moderna, in Giornale di Storia costituzionale, n. 16, II semestre 2008, 20. “ha sempre rivolto l’invito ad andare oltre il punto per scorgere la linea, vale a dire ad andare al di là della contingente manifestazione del fenomeno per coglierne i grandi movimenti che lo trasformano e lo spirito di fondo che siffatti movimenti guida”

²¹² F. Palazzo, Riforma del sistema sanzionatorio e discrezionalità giudiziale, in Dir. pen. proc., 2013, 102.

E' dato di esperienza comune che dal dopoguerra in poi le condizioni di vita sociale in Italia [ma potremmo dire in Europa] sono molto migliorate, mentre, per contro, le condizioni carcerarie sono progressivamente peggiorate proporzionalmente al crescente sovraffollamento carcerario. Con il risultato finale di un antistorico e incostituzionale incremento reale, effettivo, dell'afflittività della pena carceraria»²¹³.

Afferma ancora Pietro Costa: «emerge un problema molto più complesso, noto da tempo alla cultura penalistica, che riguarda il senso stesso della pena carceraria. Da due secoli la principale legittimazione della pena carceraria è collocata nella funzione “rieducativa” ad essa assegnata [...].

Siamo certi che la dottrina della rieducazione-inserimento del condannato si sia lasciata definitivamente alle spalle, tanto nella concreta organizzazione carceraria quanto nelle aspettative diffuse nella società, l'antica strategia espulsiva ed eliminatoria? Non mancano segnali che suggeriscono una risposta negativa. La mia impressione è che la dottrina della rieducazione sia la foglia di fico che copre una pratica (non dico esclusivamente, ma prevalentemente e tendenzialmente) segregazionista. E ciò che colpisce ancora di più è che, anche a prescindere dalla bassa cucina dell'amministrazione carceraria, nel piano nobile della riflessione giuridico-penale siano state formulate teorie che presentano come potenzialmente pericolosi i soggetti esterni alla comunità, li definiscono come nemici e vedono nel carcere uno strumento di incapacitazione e segregazione di soggetti pericolosi. Il carcere torna ad essere ciò che probabilmente è sempre stato: un luogo esterno, uno spazio altro, e proprio per questa sua alterità simbolicamente efficace per garantire una

²¹³ Vd. nota precedente.

separazione, un cordone sanitario, fra i cittadini affidabili e i pericolosi nemici²¹⁴»

Risulta oggettivamente difficile non aderire a questa analisi, che mostra come la contraddizione che contraddistingue il carcere è la sua sostanziale tensione con la funzione rieducativa/risocializzante della pena, e questo perché il carcere, come è oggi, produce come primo inevitabile effetto quello della desocializzazione, non privando soltanto il cittadino della propria libertà, ma rompendo drasticamente qualsiasi legame affettivo, relazionale, lavorativo, sociale, con la conseguenza che una pena che genera desocializzazione non potrà mai essere in grado di generare risocializzazione.

Da qui il mito della rieducazione/risocializzazione in carcere che ha finito per assumere i connotati del trattamento inteso come adesione del reo a regole comportamentali del tutto formali e quindi del tutto prive della capacità di incidere realmente sulla persona, ma anzi incentivanti una vera e propria finzione deresponsabilizzante attraverso la costruzione di un comportamento “corretto” di mera facciata, venendosi a creare un rapporto del tutto impersonale tra il soggetto che indossa una maschera ed un’istituzione configuratasi come insieme di regole custodiali²¹⁵.

E’ noto, tuttavia, come lo stesso principio di umanità della pena, pur avendo un nucleo contenutistico assoluto e inderogabile (le pene non possono incidere sulla integrità fisica dell’uomo), presenti però anche un contenuto relativo, nel senso che il livello in cui si colloca quella soglia minima di umanità non può che dipendere dalle condizioni e dalla sensibilità sociali di un certo

²¹⁴ P. Costa Verso una pena più “umana”: un difficile percorso, 6 s. (del dattiloscritto), testo della relazione presentata al Convegno Pena di morte ed ergastolo: realtà attuale e suo superamento, Firenze, 28 marzo 2014

²¹⁵ In argomento v. L. Castellano- D. Stasio, Diritti e castighi. Storie di umanità cancellata in carcere, Milano, 2009, 89 ss.

periodo storico e di una determinata area culturale, anche perché qualunque pena, per il solo fatto di essere afflittiva, ha una ineliminabile componente di inumanità.

E con l'esito finale, forse addirittura paradossale, che è proprio grazie al principio di umanità della pena e a questa idea di poter umanizzare il carcere che si continua a ritenere plausibile un sistema sanzionatorio carcerocentrico, come emerge dal disegno di legge n. 2067 contenente la delega al Governo per la riforma dell'ordinamento penitenziario e dal documento finale degli Stati generali dell'esecuzione penale. Dall'altro lato, se è vero che il principio di umanità, come divieto di trattamenti inumani e degradanti, è in grado di promuovere una progressiva riduzione del contenuto afflittivo della pena, tuttavia esso non è in grado di incidere su un'altra cifra del diritto penale basata su una pena come per l'appunto il carcere, e cioè sulla sua capacità escludente, sulla sua dinamica eliminatoria ed espulsiva che fa di chi subisce la pena una sorta di capro espiatorio.

La messa alla prova nel procedimento per imputati maggiorenni, disciplinata nel codice di procedura penale dagli artt. 464 *bis* – 464 *novies*, nella finalità del legislatore, cioè di promuovere la deflazione della popolazione carceraria, di rispondere alle sollecitazioni dell'Unione e di incentivare l'alleggerimento del carico processuale, può rappresentare un utile strumento nell'ottica di una umanizzazione della pena e di effettiva risocializzazione dell'imputato.

Tuttavia ci sono ragioni per le quali l'introduzione del *probation* per gli imputati adulti può non replicare le “fortune” riscontrate nel rito minorile: analizzando la prima di queste ragioni,

secondo alcuni Autori²¹⁶, emerge “ la difficoltà di conciliare i contenuti assai incisivi della prova con la mancanza di un giudizio pieno di responsabilità’.

La disciplina, infatti, prevede che il giudice valuti, in negativo, l’assenza dei presupposti per il proscioglimento immediato *ex art. 129 c.p.p.*, senza imporre espressamente “ in positivo” alcun accertamento, sia pure allo stato degli atti.

Inoltre la formulazione degli artt. 3, 4 e 5 della legge in oggetto in nessun punto fa riferimento ad una assunzione di responsabilità da parte della persona nei confronti della quale il procedimento penale viene aperto.

La norma, di fatto, delimita il perimetro di applicabilità della misura, le prestazioni ed i comportamenti richiesti alla persona ammessa alla misura, i requisiti formali e sostanziali dell’istanza, le conseguenze correlate all’esito della prova, ma nulla richiede all’imputato in merito all’assunzione di responsabilità rispetto al reato che gli viene contestato. Questa omissione, com’è agevole ricordare, ripropone l’analoga “lacuna” (se, ovviamente, tale si vuole considerare) che molte volte è stata evidenziata in dottrina a proposito dell’istituto dell’applicazione della pena su richiesta delle parti, meglio noto come “patteggiamento” (art. 444 c.p.p.), e ripropone anche la medesima domanda: “come giustificare l’applicazione di provvedimenti dal contenuto afflittivo , che devono tendere, per loro natura, alla rieducazione del condannato *ex art. 27, comma 3 Cost.*, senza che la responsabilità sia stata accertata?”²¹⁷

D’altro canto le regole del Consiglio d’Europa in materia di *probation* (nelle quali è definita “autore di reato” la persona

²¹⁶ F. Fiorentin, Preclusioni e soglie di pena riducono la diffusione, in Guida dir., 2014, n. 21, p. 83.

²¹⁷ Bartoli, La sospensione del procedimento, in Dir. pen. proc., 2014, 663 ss

“sospettata” di averlo commesso, senza pregiudizio della presunzione di innocenza) esplicitamente non richiedono alla persona ammessa al *probation* una formale assunzione di responsabilità rispetto al reato contestato.

Altri commentatori²¹⁸, inoltre, suggeriscono che l'introduzione in un ordinamento (quello nazionale) di istituti contemplati da altri ordinamenti (in particolar modo quelli anglosassoni) non possa che comportare il radicamento di corpi estranei disarmonici rispetto alla struttura di quello destinatario della riforma. Sul punto si può osservare che l'introduzione in un ordinamento di istituti provenienti da altre culture giuridiche non necessariamente debba essere fonte di turbamenti sotto il profilo sistematico.

Negli Stati Uniti, per rispettare il perimetro degli ordinamenti anglosassoni, presupposto per la proposizione dell'istanza di *probation* (così come di patteggiamento, ma non è questa la sede per discuterne) è l'assunzione di (il riconoscimento di) responsabilità dell'imputato rispetto al reato che gli viene contestato (“dichiarazione di colpevolezza”).

Omettere l'introduzione nel nostro ordinamento di questa “porzione” dell'istituto in discussione comporta conseguenze a dir poco paradossali. Ad esempio, dato che la persona ammessa alla prova è tenuta (art. 168 *bis* c.p.) a prestare condotte “volte all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose derivanti dal reato, nonché, ove possibile, il risarcimento del

²¹⁸ F. Viganò, Sulla proposta legislativa in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova, in Riv. it. dir. proc. pen., 2013, p. 1300.

danno dallo stesso cagionato”, non si comprende per quali ragioni, diverse da una pura e semplice utilità processuale, un soggetto dovrebbe ottemperare a questi comportamenti, dato che né la responsabilità in merito al fatto-reato contestato è stata da lui riconosciuta né è stata oggetto di accertamento positivo da parte del giudice, il quale in questa fase, come ricordato, si limita ad una valutazione di assenza di cause di proscioglimento (art. 464 *quater* c.p.p.).

Addirittura, l’art. 464 *bis* c.p.p., al punto c) del 4° comma, contempla la promozione della mediazione con la persona offesa (ove possibile). È di tutta evidenza che risarcimento del danno e mediazione con la persona offesa non possano non avere, come logico presupposto (in senso etico e di effettività dell’attività trattamentale), l’assunzione di responsabilità da parte dell’indagato.

Sotto un profilo strettamente attinente alla tutela dei diritti della persona, in dottrina si osserva inoltre che “non risulta giustificabile a carico di un imputato presunto innocente ex art. 27, c.° 2, Cost. l’obbligo di prestare lavoro in favore della collettività, nonché di risarcire il danno causato con la propria condotta, o ancora di riparare alle conseguenze dannose o pericolose del reato²¹⁹ .

In altre parole, il principio di legalità e la presunzione di non colpevolezza risulterebbero compromessi, quindi, laddove l’imputato subisse delle limitazioni alla libertà personale, che l’esperimento della prova implica, senza che risultasse essersi reso responsabile di un fatto di reato.

²¹⁹Vd nota precedente pag. 1302

Secondo un altro Autore²²⁰ il legislatore sembra voler giocare a carte coperte perché nel presumere un'eventuale responsabilità esso ha avviato il giudice sulla strada di una decisione inevitabilmente sommaria: in funzione di un'esigenza deflattiva, oppure in vista della premialità, come se nascesse, un "patto implicito" tra Stato e imputato tale per cui l'imputato rinuncia alla garanzia della *plena cognitio* in cambio di un trattamento sanzionatorio meno afflittivo rispetto a quello cui andrebbe incontro in caso di pieno accertamento della responsabilità.

Secondo ancora un altro Autore ²²¹invece la mancanza di un previo accertamento – anche implicito - dell'illiceità del fatto e della sua attribuzione all'imputato non mette in gioco la compatibilità costituzionale della disciplina rispetto agli artt. 24, comma 2°, 27, comma 2°, e 111 Cost., considerando che l'esito positivo della prova genera una sentenza estintiva, mentre il trattamento non possiede un carattere tradizionalmente sanzionatorio e, soprattutto, è chiesto dall'imputato che condivide il programma nel dettaglio.

Considerando che tale provvedimento presuppone lo svolgimento di lavoro di pubblica utilità, che si viene a configurare, nel nostro ordinamento, come vera e propria "sanzione penale" sembrano evidenti possibili frizioni con la funzione accertativa del processo penale (art. 111, comma 4°, Cost), e con la presunzione di non colpevolezza (art. 27, comma 2° Cost.): giova rimarcare che in assenza di un provato riconoscimento della colpevolezza dell'indagato non è facile trovare una giustificazione che possa fondare la prestazione di lavoro di pubblica utilità dell'imputato, così come il

²²⁰ G. De Francesco Una "novella " al passo coi tempi? Brevi considerazioni sulle diverse "anime" della legge n. 67/2014, nella prospettiva della riforma penale in www.legislazionepenale.eu 21.9.2015 pag. 5

²²¹ Adolfo Scalfati "La debole convergenza di scopi nella deflazione promossa dalla l. n. 67 del 2014" in *Processo penale e giustizia* -5/2014 pag 145.

risarcimento dei danni o la riparazione delle conseguenze dannose o pericolose di reato, anche se l'istituto in oggetto comunque è a base consensuale e presuppone una breve durata.

Inoltre il comma 3° dell' art. 27 Cost. dispone che: "Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato".

Oltre ai dubbi sopra espressi in merito all'idea di risocializzazione "nel luogo carcere" di un soggetto la cui colpevolezza non sia stata positivamente accertata, c'è da stabilire la portata del verbo "tendere".

Punto palese di ogni civiltà civile è la messa al bando di qualsiasi modalità sanzionatoria che si concreti nella violenza fisica e morale, e questo a prescindere dai fini che si intendono perseguire.

Il Costituente cioè, nell'affrontare il tema relativo al bilanciamento dei beni, certe volte contrapposti, della tutela della dignità e inviolabilità personali da un lato e dall'esigenza di repressione dei reati e di salvaguardia dell'ordine sociale dall'altro, ha optato per la protezione dei diritti dell'individuo.

Il Costituente si è certamente reso conto che il fine ultimo della sanzione penale è il recupero del reo ma, al tempo stesso, realizza la distanza da un sistema realmente risocializzante, anche perché, a lungo, certa dottrina²²² ha affermato che il verbo "tendere" evidenzia il riferimento a una finalità meramente eventuale della sanzione.

In questo senso, la svolta di principio si è avuta con la sentenza della C. Cost. n. 313 del 1990²²³.

²²² G.Fiandanca –E. Musco, Diritto penale. Parte generale, IV ed., Zanichelli, Bologna pp 650 ss

²²³ Sent. C. Cost. n. 313 del 3 luglio 1990, in Giur. cost. 1990, III, 1981. In tale occasione l'intervento della Corte era stato richiesto per valutare la costituzionalità di

In tale pronuncia la Corte esordisce con l'analisi attenta e critica della sua passata giurisprudenza sulla concezione "polifunzionale"²²⁴, sottolineando come essa trascurasse, in realtà "il *novum* contenuto nella solenne affermazione della finalità rieducativa; questa, perciò, veniva assunta in senso marginale o addirittura eventuale e, comunque, ridotta entro gli angusti limiti del trattamento penitenziario"²²⁵.

In questa sentenza, la Corte rivede le sue posizioni anche in merito all'interpretazione del verbo "tendere": "L'esperienza successiva ha dimostrato che la necessità costituzionale che la pena debba 'tendere' a rieducare, lungi dal rappresentare una mera generica tendenza riferita al solo trattamento, indica invece proprio una delle qualità essenziali e generali che caratterizzano la pena nel suo contenuto ontologico, e l'accompagnano da quando nasce, nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue.

Ciò che il verbo 'tendere' vuole significare è soltanto la presa d'atto della divaricazione che nella prassi può verificarsi tra quella finalità e l'adesione di fatto del destinatario al processo di rieducazione"²²⁶.

una disposizione che riguardava l'originaria disciplina dell'applicazione della pena su richiesta delle parti di cui all'art. 444 c.p.p. e che toglieva al giudice ogni margine di discrezionalità nel valutare l'adeguatezza della pena "patteggiata" dalle parti.

²²⁴ In realtà la passata giurisprudenza di questa Corte (come, del resto la dottrina imperante nei primi anni di avvento della Costituzione) aveva ritenuto che il finalismo rieducativo, previsto dal comma terzo dell'art. 27, riguardasse il trattamento penitenziario che concreta l'esecuzione della pena, e ad esso fosse perciò limitato (quale esempio del lungo percorso di questo leit motiv si vedano le sentenze n. 12 del 1966; n. 21 del 1971; n. 167 del 1973; n.i 143 e 264 del 1974; 119 del 1975; 25 del 1979; 104 del 1982; 137 del 1983; 237 del 1984; 23, 102 e 169 del 1985; 1023 del 1988). A tale risultato si era pervenuti valutando separatamente il valore del momento umanitario rispetto a quello rieducativo, e deducendo dall'imposizione del principio di umanizzazione la conferma del carattere afflittivo e retributivo della pena. Per tal modo si negava esclusività ed assolutezza al principio rieducativo, che come dimostrerebbe l'espressione testuale - doveva essere inteso esclusivamente quale "tendenza" del trattamento". C. Cost., sent. n. 313/1990, loc. cit., p. 1994.

²²⁵ Vedi nota precedente p. 1994.

²²⁶ Vedi nota precedente p. 1994.

Una seconda fonte di perplessità attiene all'organo chiamato non solo a concedere la misura, ma anche (soprattutto) a soppesare il programma trattamentale prima della sua attivazione, se del caso integrandolo o modificandolo, ed valutare poi l'esito del programma; sul punto, si osserva che che se da un lato la norma non utilizza mai il termine "trattamento" (concetto che invece permea l'Ordinamento penitenziario, che al trattamento dedica in particolare il capo III), dall'altro utilizza l'espressione "affidamento dell'imputato al servizio sociale" la quale, tranne che per l'uso del termine "imputato", non può non richiamare immediatamente alla memoria l'art. 47 l. 26.7.1975, n. 357 "Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà". La norma in discussione investe il giudice ordinario di un'incombenza del tutto nuova: la valutazione della validità di un programma "trattamentale" (nel senso poc'anzi discusso) redatto dall'U.E.P.E. su richiesta di parte (programma che coinvolge, giusto quanto previsto dall'art. 464 c.p.p., non solo l'imputato ma anche il suo nucleo familiare ed il suo ambiente di vita), il quale contiene non solo una serie di prescrizioni comportamentali e la loro finalizzazione (l'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose derivanti dal reato e, se possibile, il risarcimento dallo stesso cagionato, nonché vincoli relativi alla dimora, alla libertà di movimento, al divieto di frequentare determinati locali, alla prestazione di un lavoro di pubblica utilità), ma anche comportamenti positivi (attività di volontariato di rilievo sociale, rapporti con il servizio sociale od una struttura sanitaria), nonché, come già ricordato, la promozione della mediazione con la persona offesa (art. 464-bis., co. 4° lett. c c.p.p.). La novità, a ben vedere, riguarda non tanto l'esistenza o la strutturazione di un programma trattamentale: già con DPR 22.9.1988, n. 448, era stata

introdotta la messa alla prova limitatamente agli imputati minorenni all'epoca del fatto loro contestato nei confronti dei quali il programma viene redatto dagli uffici inquadrati negli organi della giustizia minorile e la misura viene concessa dal Tribunale per i minorenni; né il programma trattamentale costituisce una novità per gli adulti, dato che la redazione dello stesso da parte dell'U.E.P.E. integra uno degli elementi per la concessione di misure alternative alla detenzione da parte del Tribunale di sorveglianza. La novità è costituita dalla composizione dell'organo giudicante: a composizione mista (magistrati professionisti, o "togati", ed onorari, scelti tra professionisti esperti in psicologia, pedagogia, psichiatria criminologia, servizio sociale ed altre discipline) per il Tribunale per i minorenni ed il Tribunale di sorveglianza, solo professionisti i componenti dell'organo che decide sulla concessione della messa alla prova per gli adulti. È facile ipotizzare che un organo giudicante esclusivamente "togato" possa trovare difficoltà a cogliere tutte le sfumature e le sfaccettature extra-giuridiche che un collegio "misto" ("togato" ed onorario) è in grado di rilevare nei procedimenti avanti il Tribunale per i minorenni ed il Tribunale di sorveglianza. In particolare, è verosimile che una composizione "mista" del giudice adito meglio possa valutare la congruità di "quel" programma trattamentale per "quella" persona. Sotto questo profilo, in maniera antitetica a quanto discusso sinora a proposito della personalizzazione del programma, viene enfatizzata l'esigenza di velocizzare i procedimenti ed arrivare ad una loro rapida definizione, cosa che porta alcuni Autori ad auspicare una standardizzazione procedimentale ed ipotizzare conseguentemente dei "protocolli con gli uffici dell'esecuzione penale, i servizi sociali territoriali, gli enti di volontariato per individuare progetti standard ed attività "tipo", in modo da

velocizzare la fase della redazione del progetto e dell'avallo giudiziario successivo nonché rendere conoscibile “a priori” quale attività viene valutata adeguata dall'autorità giudiziaria e quale non²²⁷ . Una composizione mista dell'organo giudicante (si pensi, ad esempio, al G.U.P. minorile, a composizione togata, laica e collegiale) non è stata ritenuta utile dal legislatore, né dagli atti preparatori della norma in discussione è dato comprendere se per scelta consapevole o per mera svista: il monitoraggio dell'applicazione della misura rivelerà, nel tempo, quanto questa scelta sia stata opportuna e condivisibile o meno.

Una ulteriore criticità è stata inoltre rilevata, *ex plurimis*, dal Tribunale di Torino che ha investito la Corte Costituzionale della questione di legittimità costituzionale per violazione degli artt. 3, 24, 111, e 117 Cost. in merito all'art. 464 *bis* c.p.p. nella parte in cui, in assenza di una disciplina transitoria preclude l'ammissione all'istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova degli imputati di processi pendenti in primo grado, nei quali la dichiarazione di apertura del dibattimento sia stata effettuata prima dell'entrata in vigore della legge 67/2014²²⁸.

La legge quindi impedisce agli imputati in processi pendenti in primo grado, nei quali sia già stata effettuata la dichiarazione di apertura del dibattimento, di accedere al nuovo procedimento e così conseguire la dichiarazione di estinzione del reato.

Per comprendere la rilevanza che la questione ha assunto, sino dalle prime settimane successive all'entrata in vigore, basti osservare che, con ordinanza n. 30559 del 9 luglio 2014 la Corte

²²⁷ Zaccaro G. La messa alla prova per adulti. Prime considerazioni, in www.questionegiustizia.it, 29.4.2014, pag. 12

²²⁸ Tribunale di Torino- 28 ottobre 2014 (G.U.n. 5 del 4 febbraio 2015 in “ la Giustizia penale 2015 pgg 134 ss

di Cassazione, vista la “ delicatezza della materia e la possibilita’ di soluzioni interpretative in contrasto radicale afferenti il regolamento di diritti di rilievo costituzionale”, gia’ ne rimetteva l’esame alle Sezioni Unite²²⁹.

La questione, tuttavia, veniva cancellata dal ruolo a causa dell’imminente maturazione del termine di prescrizione del reato oggetto del ricorso²³⁰.

La questione e’ stata affrontata di nuovo a tre mesi di distanza dai Giudici di legittimita’, in ragione del presunto contrasto dell’art. 464 *bis*, comma 2° c.p.p., con l’art. 3 della Costituzione, in ragione del differente trattamento di soggetti che – versando nelle medesime condizioni sostanziali, si fossero trovati al momento dell’entrata in vigore della nuova legge, in diverse fasi del processo di primo grado²³¹.

Infatti il legislatore, individuando un discrimine unico valido tanto per i processi nuovi quanto per i processi gia’ in corso, aveva, nei fatti, disciplinato in modi identico situazioni nettamente difformi, consentendo solo agli imputati in processi

²²⁹ In tal senso Cass., Sez. VI, Ord. 9 luglio 2014, n. 30559 in www.archiviopenale.it, con nota di F. Giunchedi, In nome della nomofiliachia. La Cassazione cerca di prevenire i fenomeni di overruling; si veda anche la nota di C. Pecorella, La messa alla prova ...alla prova delle sezioni unite, in Cass. Pen., 2014, 10, 3264

²³⁰ Per una efficace ricostruzione della vicenda sottoposta al vaglio della S.C. e delle questioni connesse si veda F. Picciche’, Alle Sezioni Unite la questione della applicabilita’ del nuovo istituto della messa alla prova ai processi in corso, in www.penalecontemporaneo.it, 21 ottobre 2014.

²³¹ In tal senso cass. Sez. VI, 22 ottobre 2014- dep. 18 novembre 2014-, n. 47587; nel ritenere manifestamente infondata la q.l.c., (la cui sollevazione veniva sollecitata dalla Procura Generale presso la Corte di Cassazione), i Giudici di legittimita’ affermavano come “ il tema della individuazione del termine finale di proponibilita’ della richiesta di ammissione al nuovo istituto involge all’evidenza scelte rimesse alla discrezionalita’ del legislatore, come tali insindacabili, tranne il caso in cui risultino palesemente irragionevoli, come stabilito dalla Corte Costituzionale, con la nota sentenza n. 393 del 2006, a proposito della norma transitoria della l. n. 251 del 2005, art. 10, comma 3° regolante l’applicazione retroattiva del piu’ favorevole regime di prescrizione introdotto con quella legge. Tuttavia, proprio il ricordato carattere alternativo del procedimento di messa alla prova rispetto all’accertamento giudiziale penale non rende, a parere del collegio, irragionevole la fissazione del termine finale di presentazione della richiesta al momento di apertura del dibattimento nel caso di procedimenti con citazione diretta a giudizio ai sensi dell’art. 550 c.p.p., e segg.”

pendenti in primo grado, nei quali fosse già stata effettuata la dichiarazione di apertura del dibattimento l'accesso al nuovo, più favorevole, istituto.

Questa soluzione sembra contrastare inoltre con il principio di rango costituzionale, attraverso il parametro interposto dall'art. 117 Cost., sancito dall'art. 7 C.E.D.U., della retroattività della *lex mitior* (individuata per l'appunto nella legge introduttiva della messa alla prova per gli adulti), anche se i giudici di legittimità si sono "arroccati" sull'assunto consolidato per cui dalla lettura del precetto costituzionale si possa e si debba ricavare unicamente il principio di irretroattività della legge penale incriminatrice, ma non anche quello inerente una pretesa retroattività della legge più favorevole al reo (*lex mitior*)²³². Tale questione può dirsi superata anche grazie al recente, ulteriore intervento della Suprema Corte, che con sentenza n. 18265 del 4 maggio 2015 ha recepito le critiche che giungevano da più parti verso la soluzione prospettata dai giudici di merito. In particolare la Corte stabilisce che il legislatore, individuando nell'art. 464 bis c.p.p. un termine finale per la presentazione, stabilisce i procedimenti in cui la disciplina sostanziale può trovare applicazione.

La Corte osserva come "il nuovo istituto della messa alla prova si configura come un percorso del tutto alternativo rispetto all'accertamento del giudizio penale, ma non incide affatto sulla valutazione sociale del fatto, la cui valenza negativa rimane anzi il presupposto per imporre all'imputato, il quale ne abbia fatta esplicita richiesta un programma di trattamento alla cui osservanza con esito positivo consegua l'estinzione del reato."

²³² In tal senso Corte Cost., 6 marzo 1995 n. 80, in Giur. Cost., 1995, 726 22., nonché la stessa Corte cost., 22 luglio 2011, n. 236 cit.

La Corte dunque esalta la natura processuale, rispetto a quella sostanziale, dell'istituto in oggetto, e così facendo afferma che la relativa disciplina deve restare esclusa dall'ambito di operatività della legge penale più favorevole.

Tuttavia questa discriminante, non fondata su una giustificazione razionale relativa al bilanciamento di configgenti interessi di pari rango, appare tale da implicare anche una violazione dell'art. 24 Cost., in quanto si risolve in una lesione del pieno esercizio del diritto di difesa (nel quale va inclusa anche la facoltà di richiedere l'accesso a riti alternativi) e dell'art. 111 Cost. poiché pregiudica il diritto ad essere sottoposto ad un giusto processo (inteso come diritto ad una scelta di rito pienamente consapevole, assunta in base alla previsione ed alla ponderazione dei rischi connessi alla possibilità di valutare previamente le opzioni offerte ed una ordinata e fisiologica successione di atti processuali).

Un'altra questione di particolare rilievo pratico afferisce ad un tema già trattato, riguardante il *probation* parziale²³³.

E' opportuno ricordare come la Suprema Corte abbia negato la configurabilità di una "messa alla prova parziale" sulla considerazione per cui " appare stridente con la struttura del sistema e con gli stessi presupposti dell'istituto che possa che possa avvenire una parziale risocializzazione del soggetto²³⁴".

Tuttavia la Corte non si è occupata di una ulteriore forma di *probation*, la quale nei fatti può non essere infrequente e manifestarsi in questi termini: *quid fit* nel caso che ad un soggetto siano contestati più reati rientranti nell'orbita dell'art.

²³³ Vd. *retro* par. 3.4.3.

²³⁴ Vd. Cassa. Sez. II, 12 marzo 2015- dep. 8 aprile 2015, n. 14112 cit.. Vd. J. Della Torre, La cassazione nega l'ammissibilità della messa alla prova 'parziale' in nome della rieducazione totale del richiedente, in www.penalecontemporaneo.it, 20 maggio 2015

168 *bis* c.p., ma egli ritenga di accedere alla messa alla prova solo per una od alcune di queste fattispecie, confidando per le altre in una assoluzione o comunque in una pronuncia favorevole?

Secondo un Autore²³⁵, e ricordando le considerazioni già svolte, si dovrebbe considerare non percorribile una tale forma di *probation* parziale perché non sarebbe rispettato il paradigma dell'art. 18 c.p.p., ed anche per le medesime ragioni addotte dalla Suprema Corte in merito alla parziale risocializzazione del reo.

Secondo altro Autore invece sarebbe ammissibile una ulteriore forma di *probation* parziale, “atteso che l'art. 18, comma 1°, lettera b), c.p.p. prevede la separazione di processi se, “... per una o più imputazioni, è stata disposta la sospensione del procedimento”.

Sospensione del procedimento che, come detto, è proprio una conseguenza della messa alla prova. A ciò va aggiunto, a sostegno della ammissibilità di una richiesta parziale la non decisività dell'argomento secondo cui il beneficio, in termini di pena, sarebbe giustificabile solo a seguito di un effetto deflattivo completo, da realizzarsi attraverso la definizione simultanea di tutti i reati contestati; l'assenza di un specifico divieto normativo, desumibile, oltre che dal testo della norma citata, anche dalla *ratio* dell'istituto, che costituisce la conferma della possibilità di un effetto deflattivo parziale, e conferisce al giudice il potere di concentrare lo sforzo decisionale e motivazionale su un numero più limitato di reati²³⁶”.

Una ulteriore questione riguarda la ammissibilità o meno di un *probation* per più reati, perché se è vero che l'art. 168 *bis*

²³⁵ Luigi Annunziata, Prime criticità applicative in tema di sospensione del processo per la messa alla prova in *Diritto penale e processo* 1/2016 pag. 112

²³⁶ L.Fanuli, L'istituto della messa alla prova ex lege 28 aprile n. 67.

Inquadramento teorico e problematiche applicative in http://www.latribuna.it/sites/default/files/focus/allegato/Focus_Fanuli.pdf

comma 4° c.p. utilizza la locuzione “ per piu’ di una volta”, e’ anche vero che essa non significa “ per piu’ reati”; il Tribunale di Milano²³⁷ si e’ espresso in questo senso, sostenendo che la richiesta sia ammissibile se i [piu’] reati contestati siano, ciascuno, compatibili con il regime dell’art. 168 *bis* c.p., a prescindere dal vincolo della continuazione, affermando che la pluralita’ di contestazioni a carico dell’imputato rappresenti “ un dato che il giudice puo’ e deve considerare nella formulazione della prognosi in ordine al futuro comportamento dell’imputato: sara’ l’esito negativo di questa valutazione a determinare il rigetto dell’istanza del *probation*, non la sussistenza di una pluralita’ di reati (sempre che per ciascuno di essi sia ammissibile la messa alla prova)”²³⁸.

²³⁷ Trib. Milano, Ord. 28 aprile 2015, con nota di S. Finocchiaro, Secondo il tribunale di Milano , la richiesta di messa alla prova e’ ammissibile anche “ per piu’ reati”, in www.penalecontemporaneo.it, 12 maggio 2015

²³⁸ Vd. nota precedente.

BIBLIOGRAFIA

- *M. Bargis, G. Conso, V. Grevi F. Focardi, Compendio di procedura penale, Cedam, Padova, 2014.*
- *M.S. Calabretta, A. Mari, La sospensione del procedimento (l. 28 aprile 2014 n. 67), Officina del diritto, Il penalista Giuffre' 2015.*
- *G. Catelani, Manuale dell'esecuzione penale, Milano, 2002T. Padovani, L'utopia punitiva, Il problema delle alternative alla detenzione nella sua dimensione storica Milano 1981.*
- *M. Chiavario, Sospensione, in Dir. Proc. Pen. in Enciclopedia del diritto, Volume XXXVII.*
- *A. Ciavola, Il contributo della giustizia consensuale e ripartiva all'efficienza dei modelli di riparazione, Giappichelli 2010.*
- *C. Conti, A. Gianda, A. Marandola, G. Spangher, P. Tonini, G. Varraso, Le nuove norme sulla giustizia penale (collana diretta da), Wolters Kluwer Italia, Cedam 2014.*
- *M.F. Cortesi, Il probation giudiziale: la sospensione del processo con messa alla prova (voce in) Procedura Penale, Teoria e pratica del processo Utet Omnia Trattati giuridici, 2015.*
- *F. Della Casa, Il diritto penale militare nel sistema italiano, 6° ed. Milano, 1992.E. Lanza, Sospensione del processo con messa alla prova dell'imputato minorenne Giuffre', Milano 2003.*

- *E. Dolcini C. Paliero Il carcere ha alternative? Le sanzioni sostitutive della detenzione breve nell'esperienza europea. Giuffre', Milano, 1989.*
- *E. Fassone, Affidamento in prova al servizio sociale e riforma penitenziaria, Bologna, 1982.*
- *D. Fondaroli Illecito penale e riparazione del danno Giuffre', Milano, 1999.*
- *M.L.Galati, L.Randazzo, La messa alla prova nel processo penale, Le applicazioni pratiche della l. 67/2014, Giuffre', Milano 2015.*
- *(a cura di) V. Grevi Alternative alla detenzione e riforma penitenziaria, Giustizia penale oggi, Zanichelli, Bologna, 1982.*
- *R.E. Kostoris, Obbligatorietà dell'azione penale, coordinamento delle attività del pubblico ministero e loro rispondenza alle aspettative della comunità in Accusa penale e ruolo del pm, Jovene, Napoli, 1991.*
- *E. Lanza, Sospensione del processo con messa alla prova dell'imputato minorenne, Giuffre', Milano, 2003.*
- *G. Mannozi, G.A. Lodigiani (a cura di), Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone, Il Mulino, 2015.*
- *F. Mantovani Diritto penale parte generale Cedam, Padova, 2014.*
- *T.Padovani, L'utopia punitiva, Il problema delle alternative alla detenzione nella sua dimensione storica, Giuffre', Milano, 1981.*
- *P. Tonini, Manuale di procedura penale, Giuffrè 2013.*

- *N. Triggiani (a cura di) La deflazione giudiziaria, Messa alla prova degli adulti e proscioglimento per tenuità del fatto, Giappichelli, Torino 2014.*